

آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان

محمدحسین زارعی^۱

آیت مولائی^۲

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۴/۲۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۲/۰۹/۰۴)

چکیده

قرارداد اداری از جمله تاسیسات حقوقی است که در نظام حقوق رومی - ژرمنی، به‌ویژه فرانسه، موضوع بحث حقوق عمومی بوده است. این در حالی است که در نظام کامن‌لای انگلستان چنین نهادی رشد چشم‌گیری نداشته و در نظام حقوقی ایران نیز نوعی از امتناع و درماندگی در پذیرش آن ملاحظه می‌شود. در نوشتار حاضر از دیدگاه مقایسه‌ای به آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری در نظام حقوقی ایران در پرتو حقوق فرانسه و انگلستان پرداخته شده است. بر این اساس، با در نظر گرفتن ماهیت قراردادهای اداری، چهار ویژگی مهم برای این گونه قراردادها در چهار گفتار ذکر شده است و چنین نتیجه‌گیری شده است: باوجود این که هر سه نظام حقوقی در برخی ویژگی‌ها اشتراکاتی دارند؛ با این حال نظام حقوقی ایران در شناسایی این ویژگی‌ها با موانع جدی، از جمله عدم تشکیل دادگاه‌های تخصصی و عدم هماهنگی در بین نظام قضایی، قانون‌گذاری و اندیشه‌ای، مواجه است به نحوی که می‌توان گفت این ویژگی‌ها در نظام حقوقی ما نهادینه نشده است.

واژگان کلیدی: قرارداد اداری، خدمت عمومی، شروط فوق‌العاده قرارداد، قرارداد عمومی.

۱- نویسنده‌ی مسئول - استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

Email: Mhozarei@yahoo.com

۲- دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

از گذشته اعمال حقوقی طرفینی در اشکال قرارداد، پیمان، عقد و سایر عناوین مشابه، بخشی از روابط اشخاص را تشکیل می‌داده است. آن چنان که از مفهوم اعمال حقوقی دوجانبه برمی‌آید طرفین چنین روابطی در شکل یکی از عناوین بالا، چارچوب حقوق و تکالیف خویش را تعریف کرده‌اند که اصطلاحاً به «قانون» حاکم بر طرفین قرارداد معروف می‌باشد؛ قانونی که موجب آثار و نتایج حقوقی است.

گفته می‌شود در عصر مدرنیته هم‌سو با تحولات اساسی در قلمرو گوناگون حیات اجتماعی بشر و به پشتوانه‌ی نظریه‌ی قرارداد اجتماعی، نوعی از دولت به‌وجود آمده که از نظر برخی به‌عنوان «دولت قراردادی» (Contracting State) شناخته می‌شود (بنگرید به: زارعی، ۱۳۹۰، ص ۶). سطح روابط قراردادی چنین دولتی امروزه هم به لحاظ کمی و هم از نظر کیفی بیش از پیش رو به فزونی گذاشته است؛ به نحوی که بعضی حقوق‌دانان از «اداره‌ی قراردادی» سخن به میان آورده‌اند (Voir: Guettier, ۲۰۰۴, p.۲). در چنین اوضاع و احوالی نهاد جدیدی از روابط قراردادی در کنار سایر نهادها، میان بخشی از اشخاص و با قصد و هدفی مشخص شکل گرفته که در اصطلاح حقوقی به «قرارداد اداری» معروف است. این نوع از عمل حقوقی، همانند سایر اعمال طرفینی در آغاز از پیامدهای اصل آزادی اراده یا حاکمیت اراده در تنظیم معاملات تلقی می‌شود که از قرن نوزدهم در نظام حقوقی فرانسه کلیت آن پذیرفته شده و در این کشور متناسب با سایر اصول و قواعد حقوقی محدوده‌ی آن تعریف، ترسیم و توسعه یافته است. این در حالی است که در نظام کامن‌لای انگلستان چنین نهاد حقوقی از آغاز با مخالفت‌هایی مواجه بوده است و حقوق‌دانان این کشور و در راس آن دایسی مخالف چنین نهاد حقوقی بوده‌اند؛ هر چند به نظر می‌رسد در طول قرن بیستم، به‌ویژه از نیمه‌ی دوم این قرن، چنین مقابله‌ی نظری در برابر نوعی از عمل‌گرایی و نظریه‌های حقوق‌دانان با محدودیت‌های فزاینده مواجه شده است. اما در این میان، تبیین موضع نظام حقوقی ایران دارای پیچیدگی خاصی است و نوعی سردرگمی و امتناع در این نظام به چشم می‌خورد؛ چرا که بخشی از نظام حقوقی ما چنین نهادی را شناسایی کرده است و آن مقاومت نظری که غالب حقوق‌دانان

انگلیسی در برابر نهاد قرارداد اداری داشته‌اند، در این سطح از جانب حقوق‌دانان ایرانی مشاهده نمی‌شود؛ اما در سایر عرصه‌ها، مشخصاً در نظام قضایی، دیدگاه قضایی بر تبعیت عموم پرونده‌های قراردادی از اصول و قواعد عام قراردادهای خصوصی بوده است.

اگر بتوان تقسیم حقوق به حقوق خصوصی و حقوق عمومی را بدون چالش پذیرفت، در آن صورت باید گفت قراردادهای اداری در چارچوب حقوق عمومی معنا و مفهوم پیدا کرده است. در واقع حقوق‌دانان حقوق عمومی با توجیهات مختلف و با استناد به نظریه‌های گوناگون، به‌خصوص نظریه‌ی خدمت عمومی و نظریه‌ی برتری منافع عمومی، نهاد مذکور را به‌عنوان نهادی مستقل در کنار سایر تاسیسات حقوقی تعریف و تبیین می‌کنند؛ نهادی که ادعا می‌شود در آن، اصول حقوقی هم‌چون اصل نسبی بودن قراردادها، اصل آزادی قراردادی و اصل الزام‌آور بودن قرارداد، در عرصه‌ی حقوق عمومی استثنائاتی بیش از حقوق خصوصی دارند.

در خصوص ادبیات نوشتاری مرتبط با موضوع مقاله‌ی حاضر باید گفت هیچ‌گونه مطلبی با عنوان نوشتار پیش‌رو ملاحظه نگردید و نوشته‌ای که در آن از منظر حقوق عمومی و از دیدگاه مقایسه‌ای به این موضوع پرداخته باشد وجود ندارد. این فقر ادبیات، می‌تواند مهم‌ترین دلیل ضرورت و اهمیت این تحقیق به‌شمار آید. اهمیت دیگر این مقاله، پیامدهایی است که از کار تطبیقی حاصل می‌شود که از طریق آن به نکات قوت و ضعف احتمالی و یا وجود یا عدم وجود ویژگی‌های چنین نهاد حقوقی در حوزه حقوق عمومی ایران بیش از پیش آشنا خواهیم شد.

با در نظر گرفتن گستره‌ی قراردادهای اداره، در نوشته‌ی حاضر صرفاً «قراردادهای اداری» موضوع بحث است. بر این اساس، از دیدگاه مقایسه‌ای نگاه آسیب‌شناسانه‌ای به اوصاف قراردادهای اداری ایران در پرتو حقوق فرانسه و انگلستان خواهیم داشت.^۱ در این چارچوب،

۱- در نظام حقوقی فرانسه قراردادهای اداری با عبارت (Contrats Administratifs) شناخته می‌شود، در حالی که برای عبارت مذکور در نظام حقوقی انگلستان اصطلاحات «قراردادهای عمومی» (Public Contracts) و «قراردادهای حکومتی» (Government Contracts) استفاده می‌شود. از آن جایی که مفهوم قراردادهای اداری در ادبیات حقوقی ایرانی، مفهومی عاریه‌ای از نظام فرانسه بوده است، بر این مبنا، اکثر حقوق‌دانان ما با تبعیت از نظام فرانسه، چنین تاسیس حقوقی را با عبارت

مهم‌ترین پرسش مقاله این است: از دیدگاه آسیب‌شناختی، ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان چیست؟
در پاسخ به این پرسش، چهار ویژگی را در نظر گرفته‌ایم که آن‌ها را از منظر مقایسه‌ای، در چهار گفتار بیان خواهیم کرد تا از این طریق به پاسخ پرسش بالا برسیم.

گفتار اول - لزوم عمومی بودن یکی از طرفین قرارداد

در قراردادهای اداری اصولاً یکی از طرفین شخص حقوق عمومی است. البته این به این معنا نیست که در کلیه قراردادهای اداری یکی از طرفین قرارداد، شخص عمومی است؛ بلکه اصالت با حضور چنین شخصی است. واژه‌ی «اصالت» ناظر بر آن است که در این گونه اعمال حقوقی، حضور مستقیم شخص عمومی ضروری نیست بلکه اصل بر حضور شخص عمومی به عنوان یکی از طرفین قرارداد است و در موارد استثنائی ممکن است قراردادی بین اشخاص خصوصی به قصد ارائه‌ی خدمت عمومی منعقد گردد؛ در این صورت بازهم پذیرش چنین معامله‌ای به عنوان قرارداد اداری امکان‌پذیر خواهد بود.

در مقام بررسی تطبیقی این ویژگی باید گفت که در فرانسه چنین اصالت و استثنایی پذیرفته شده است (Peiser, ۲۰۰۸, p. ۷۳). در رویه‌ی قضایی این کشور تا دهه‌ی چهارم قرن بیستم اطلاق در قراردادهای اداری، لزوم حضور شخص عمومی به عنوان یکی از طرفین این گونه قراردادها بوده است. بر این مبنا، زمانی که اشخاص خصوصی هر چند به قصد ارائه‌ی خدمت عمومی قراردادی را منعقد می‌کردند، نمی‌توانستند مشمول قواعد قراردادهای اداری شوند؛ اما از این زمان به بعد و مشخصاً با رای سال ۱۹۳۸ شورای دولتی در پرونده‌ی

«قراردادهای اداری» به ادبیات حقوقی ایران معرفی کرده‌اند. البته چنین تبیینی نمی‌تواند به معنای پذیرش «گفتمان قراردادهای اداری» در نظام حقوقی ما به حساب آید. با این حال باید متذکر شد که نظام حقوقی حاکم بر این گونه قراردادها، فارغ از عنوان متفاوت‌شان، در موارد گوناگونی با همدیگر مطابقت زیادی دارند که در چارچوب نوشته‌ی حاضر بدان خواهیم پرداخت.
از آنجایی که نزد عموم حقوق‌دانان حقوق عمومی ایران، این گونه قراردادها با عنوان قراردادهای اداری شناخته شده است، این عبارت در ایران نیز به سبب غالب بودن، انتخاب شده است. لذا جهت ایجاد ادبیات یکنواخت در مقاله به جای سه عبارت قرارداد اداری، قرارداد حکومتی و قرارداد عمومی از عبارت قرارداد اداری استفاده شده است.

«صندوق‌های کمک و حفاظت» (EC/ ۱۳ Mai ۱۹۳۸/ Caisse Primair Aid et Protection) که شخص خصوصی به‌شمار می‌آمد، نگاه تمامیت‌خواه بالا شکسته شد و بر مبنای آن، امکان ارائه‌ی خدمت عمومی توسط یک شخص خصوصی و متعاقب آن، انعقاد قراردادی با عنوان قرارداد اداری توسط اشخاص خصوصی به‌وجود آمد (رضایی‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۲۲۹). در ادامه شورای دولتی بر این روند صحه گذاشت (See: EC/ ۲۶ Avril ۱۹۵۶/ Bertin) (Voir:) (Chapus, ۱۹۹۴, p. ۴۸۰). دیوان حل اختلاف نیز طی آرای بر امکان انعقاد قرارداد اداری توسط دو طرف خصوصی به شرط انجام چنین عملی به حساب دولت، تصریح کرده است (TC/ ۸ Juillet, ۱۹۶۳/ Société Enterprise Peyrot).

در قراردادهای اداری انگلستان، اصالت با حضور شخص عمومی به‌عنوان یکی از طرفین قرارداد است. هرچند نمی‌توان آن غنای نظری و تقدم تاریخی را که در فرانسه راجع به اشخاص خصوصی ارائه‌دهنده‌ی خدمت عمومی وجود دارد در انگلستان پیدا کرد و از طرفی حقوق‌دانانی چون دایسی هیچ گونه تفاوتی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی از حیث اصل حاکمیت قانون قائل نبوده‌اند تا بر اساس آن بتوان قراردادهای حقوق عمومی را از قراردادهای حقوق خصوصی جدا کرد، با این حال باید گفت در پی تحولات قرن بیستم، مخالفت‌ها با این نظریه افزایش یافت (Langrod, ۱۹۵۵, p. ۳۳۰). این تحولات جریان دادرسی قراردادهای اداری در انگلستان را به سمتی سوق داد که بر اساس آن، قراردادهای عمومی در این کشور به قراردادهای اداری فرانسه نزدیک شد. بر این مبنای امکان این که قراردادی بین دو طرف خصوصی منعقد گردد و در عین حال قرارداد عمومی تلقی شود وجود داشته است و آن زمانی است که یکی از طرفین چنین قراردادی مشغول ارائه‌ی خدمتی از خدمات عمومی باشد. (See: The Utilities Contracts Regulations, ۲۰۰۶, Section ۴۳) در چنین وضعیتی، آن طرفی که ارائه‌دهنده‌ی چنین خدمتی است به خاطر کارکرد عمومی‌اش مشمول قراردادهای حقوق عمومی خواهد بود (بنگرید به: زارعی و محمودی، ۱۳۹۰، صص ۱۰۶-۱۰۵؛ Craig, ۱۹۸۹, p. ۱۰ and Bellof, ۱۹۹۵, p. ۴۹۶).

در این کشور از دهه‌ی ۱۹۸۰ که قراردادی‌سازی خدمات عمومی تحت تاثیر نئولیبرالیسم شدت گرفت؛ اسناد گوناگونی به تصویب رسیده است (See: The Local Authorities

(Contracting Out of Highway Functions) Order ۱۹۹۹ and The Contracting Out (Administrative and Other Court Staff) Order ۲۰۰۱ and The Contracting Out (Local Education Authority Functions) (England) (Amendment) Order ۲۰۰۳

بر مبنای آن‌ها نوعی از پیمان‌سپاری خدمت عمومی را شاهد بوده‌ایم. این در حالی بوده است که دادگاه‌ها همچنان دعاوی مرتبط را دعاوی حقوق عمومی تلقی کرده‌اند. در پرونده‌ای به سال ۲۰۰۱ دادگاه اعلام داشت که یک بنگاه خیریه در نظریه ممکن است مشمول بازنگری قضایی قرار گیرد، اما از دیدگاه حقوقی و قانون حقوق بشر، (Human Rights Act, ۱۹۹۸) یک شخص عمومی به‌شمار نمی‌آید (Alder, ۲۰۰۲, p. ۴۱). مجلس اعیان در پرونده‌ی «اورایی علیه مک‌من» (۱۹۸۲) اعلام کرد در پرونده‌های «حقوق عمومی» اصولاً امکان بازنگری قضایی وجود دارد. در پرونده‌های دیگر از جمله پرونده‌ی «آر علیه شرکت قطارهای بزرگ غرب» (R. V. Great Western Trains Co. Ltd Exp. Fredrick [۱۹۹۸] C. O. D. ۲۳۹) و «آر علیه پانل» (R (Datafin plc) v. Takeover Panel, Court of Appeal, [۱۹۸۷] ۱ All ER ۵۶۴) نیز اعلام شد تا آنجا که شخص خصوصی در راستای منافع عمومی به تعهدات قراردادی‌اش عمل می‌کند می‌تواند موضوع بازنگری قضایی قرار گیرد، زیرا کارکرد چنین شخصی مربوط به کارکرد و صلاحیت مقام عمومی و در جهت «اعمال عمومی» است (زارعی و محمودی، پیشین، صص ۱۰۷-۱۰۶؛ Clives, ۲۰۰۰, p. ۴۱۱ and Alder, op. cit., p. ۴۱۱). همچنین در انگلستان، همانند فرانسه، مقرراتی وجود دارد که بر اساس آن‌ها قراردادهای پیمان‌کار اصلی با پیمانکاران فرعی باید در چارچوب مورد نظر کارفرما (یعنی اداره) باشد و از این حیث امکان انعقاد قرارداد عمومی توسط دو طرف خصوصی در موارد خاص وجود دارد (Code des Marchés Publics, Articles ۱۱۲ - ۱۱۷ and The Public Contracts Regulations, ۲۰۰۶, Section ۳۷).

در نظام حقوقی ایران همانند انگلستان، نهاد قرارداد، عموماً در بستر حقوق خصوصی معنا پیدا می‌کند و تفاوت بنیادینی بین قراردادهای عمومی و قراردادهای خصوصی متصور نیست؛ همچنان که از قانون مدنی و سنت فقه امامیه نیز چنین برداشت می‌شود. در نتیجه در ایران نمی‌توان تفاوت مهمی بین قراردادهای موضوع حقوق عمومی و قراردادهای موضوع حقوق

خصوصی پیدا کرد. با این حال تفاوت‌هایی را می‌توان میان نظام ما با انگلستان شناسایی کرد. از یک سو، مطابق قانون دیوان عدالت اداری، از جمله شروط طرح شکایت در دیوان، دولتی یا عمومی بودن متشاکی یا خوانده است (مواد ۱۳ و ۱۹). بر این مبنا اگر دو طرف دعوا شخص خصوصی باشند نمی‌توان در دیوان دعوا طرح کرد؛ در این صورت امکان بازنگری قضایی راجع به قراردادهای اشخاص خصوصی که به امر خدمت عمومی اشتغال دارند، در نظام حقوقی ایران امکان‌پذیر نیست. از سوی دیگر قضات دیوان هم‌سو با سنت پایدار اثبات‌گرایی حقوقی دستگاه قضایی ایران، در خلق رویه‌ای هم‌سو با سنت قضایی انگلستان و فرانسه ناتوان یا بی‌تایل بوده‌اند. به علاوه، هر چند مطابق اصول مختلف قانون اساسی، ارائه‌ی خدمت عمومی بر عهده‌ی دولت قرار گرفته است (اصول ۳، ۴۵ و ۴۹ قانون اساسی) و تصریحی راجع به این که اشخاص خصوصی نیز می‌توانند به ارائه‌ی خدمت عمومی بپردازند، نشده است؛ اما در اسناد دیگر، مشخصاً در قانون مدیریت خدمات کشوری (مواد ۱۳ تا ۱۵ قانون مدیریت خدمات کشوری). و قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، (ماده‌ی ۴ به بعد قانون اصلاح موادی از قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۸). امکان مشارکت اشخاص خصوصی پیش‌بینی شده است؛ در این صورت این گونه اشخاص می‌توانند اقدام به انعقاد قراردادهای حقوق عمومی نمایند. با این حال نهاده‌ی نشدن چنین قراردادهایی، اظهارنظر درست را در این باره با مشکل مواجه می‌سازد.

وضعیت بالا را به نوع دیگری می‌توان مطرح کرد و آن این است که اگر شخص خصوصی به نمایندگی از شخص عمومی قراردادی را منعقد کند در این صورت آیا امکان اداری فرض کردن چنین قراردادی وجود دارد یا نه؟ پاسخ سه نظام یادشده را می‌توان به این قرار ذکر نمود: مطابق رویه قضایی فرانسه اگر شخص خصوصی به نمایندگی از شخص عمومی و به حساب دولت یا سازمان اداری، یک پیمان ساختمانی را منعقد کند، چنین معامله‌ای با دارا بودن سایر شرایط و عناصر قراردادهای اداری، می‌تواند قرارداد اداری به‌شمار آید، زیرا چنین شخصی در واقع به امر دولت و به حساب آن به ارائه‌ی خدمت عمومی می‌پردازد (انصاری،

پیشین، صص ۳۵-۳۳؛ Laubader, ۱۹۹۶, p. ۷۴۰). در انگلستان نیز این نوع نمایندگی قابل پذیرش است و از این حیث منع قانونی وجود ندارد، با این تفاوت که برخی بر این نظرند: رابطه‌ی نماینده (Agent) با مقام سلطنت (The Crown) نه یک رابطه‌ی قراردادی، بلکه یک رابطه‌ی قانونی به‌شمار می‌آید (Craig, op. cit., p. ۵۱۰ Forwards) که در این صورت اختیارات دولت در چگونگی برخورد با چنین شخصی در چارچوب قانون و با تکیه بر امکانات حکومتی خواهد بود، نه بر مبنای رابطه‌ی قراردادی. از گذشته آرای متعددی در این خصوص صادر شده است.

and ۶۸ [۱۹۴۳] (See: Lucas v. Lucas and High Commissioner for India [۱۹۴۳] ۳ K.B. ۶۶۳ and Mulvenna v. Admiralty [۱۹۲۰] ۳ K.B. ۶۶۳ and Dickson v. Combermere (۱۸۶۳) ۳ F. & F. ۵۲۷ and Leaman v. Rex [۱۹۲۰] ۳ K.B. ۶۶۳ and Dunn v. Macdonald [۱۸۹۷] ۱ Q.B. ۴۰۱, ۵۵۵)

به‌علاوه، آیین‌نامه‌ی قراردادهای عمومی امکان انعقاد چنین قراردادهایی را پذیرفته است (See: The Public Contracts Regulations, op. cit, Sections ۳۷ & ۴۵). در فرانسه نیز وضعیت مشابهی وجود دارد (۱۱۷-۱۱۲). (Voir: Code des Marchés Publics, Articles. ۱۱۷-۱۱۲). در ایران قانون برگزاری مناقصات ظاهراً شرط به‌کارگیری این قانون را حضور یکی از اشخاص عمومی مذکور در بند «ب» ماده‌ی یک (در این ماده فهرست اشخاص حقوق عمومی مشمول این قانون ذکر شده است). اعلام داشته است. این در حالی است که در سایر مصوبات قانونی، امکان انعقاد قرارداد عمومی توسط دو طرف خصوصی منع نشده است. در شرایط عمومی پیمان، امکان واگذاری بخشی از موضوع پیمان توسط پیمان‌کار اصلی به پیمان‌کار فرعی پیش‌بینی شده است؛ لذا دو طرف خصوصی می‌توانند در راستای خدمت عمومی قرارداد ببندند (ماده‌ی ۲۴ شرایط عمومی پیمان). مهم‌تر از این، در قانون مدیریت خدمات کشوری به امکان مشارکت بخش خصوصی در «امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی ... و با نظارت و حمایت دولت...» (ماده‌ی ۱۳ قانون مدیریت خدمات کشوری) تصریح شده است. به این ترتیب می‌توان گفت اگر چنین اشخاصی در چارچوب موضوع مشارکت خویش با شخص خصوصی دیگری قراردادی را منعقد سازند، مشمول حمایت‌های قانون‌گذار در چارچوب این قانون خواهند بود و این امر نشان از نزدیک شدن دیدگاه قانون‌گذار ما به نظام فرانسه است که

بر اساس آن، اصل برابری در قراردادهای اداری با استثنائات فراوان مواجه است (See: Brown and Bell, ۱۹۹۸, pp. ۲۰۶-۲۰۷). هر چند در عمل مصوبات قانونی راه‌گشا و شفاف در این خصوص به تصویب نرسیده است.

گفتار دوم - ارائه‌ی خدمت عمومی

قرارداد اداری به قصد ارائه‌ی خدمت عمومی و برآورده ساختن منفعت عمومی منعقد می‌گردد و به همین دلیل قرارداد هدف‌محور به‌شمار می‌آید. در واقع، بین فعالیت‌های اداره و رفاه عمومی در این گونه قراردادهای ارتباط نزدیکی وجود دارد (Longrod, op. cit., p. ۳۲۹). از آن جایی که در این گونه معاملات، دولت به پشتوانه‌ی اصول و قواعد اقتداری، ترجیحی و حمایتی با طرف خصوصی قرارداد رفتار می‌کند؛ بر این اساس، چنین ویژه‌انگاری قانون‌گذار را باید با دستاویزهایی توجیه کرد، وگرنه این عین بی‌عدالتی خواهد بود که در یک نظام حقوقی برای یک طرف قرارداد، برتری‌ها و اولویت‌هایی در نظر گرفته شود بدون آن که زمینه‌های توجیهی چنین امری ارائه شده باشد. لذا هدف‌محوری گفته شده در قراردادهای اداری دقیقاً در راستای چنین دلایلی است که بدون آن بسترهای برتری طرف عمومی قرارداد از توجیهات عادلانه و منصفانه تهی خواهد شد. گفته می‌شود هدف بنیادین چنین قراردادهایی در جهت ارائه‌ی خدمت عمومی یا منفعت عمومی است که قانون‌گذار یا دستگاه قضایی صلاحیت‌دار، گستره‌ی آن را تعریف، تبیین و مشخص می‌کند.

در خصوص جایگاه این ویژگی در نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان می‌توان گفت که نگاه فرانسوی‌ها به این مشخصه بیش از دو کشور دیگر شفاف و گویاست. در ارتباط با این موضوع، در فرانسه نوعی نگاه هماهنگ بین حقوق‌دانان، شورای دولتی و قانون‌گذاری وجود دارد. در حالی که چنین وضعیتی را در ایران نمی‌توان یافت. عموم حقوق‌دانان حقوق عمومی فرانسه بر این نظرند که قراردادهای اداری باید به قصد ارائه‌ی خدمت عمومی و منفعت عمومی منعقد شوند (Dupuis, Guédon et Chrétien, ۲۰۰۷, pp. ۴۲۸ - ۴۳۰). برای نمونه دولوبادر در بخشی از تعریفش راجع به چنین قراردادهایی، آن را در راستای «خدمت عمومی»

(Laubader, ۱۹۹۶, p. ۴۰) دانسته و گاستن ژر نیز گستره‌ی چنین خدمتی را نیازهای عمومی تعبیر می‌کند (Jez, ۱۹۲۵, p. ۱۶). شورای دولتی هم از زمان پرونده‌ی بلانکو EC/ ۸ Février ۱۸۷۳/ Blanco با شناسایی اصل خدمت عمومی به‌عنوان هدف قراردادهای اداری، در پرونده‌های بعدی، نظیر «تریه مارکش» (EC/ ۶ Février ۱۹۰۳ / Terrier) و «فوتری» (EC/ ۱۹۱۲/ Feutry) بر این اصل اصرار داشته است (بنگرید به: انصاری، ۱۳۸۹، صص ۷۷-۷۶). در آرای اخیر نیز بر این امر تاکید شده است که شروط قراردادهای اداری را باید با توجه به اهداف مربوط به خدمت عمومی تفسیر کرد. (SEM Equipement et / ۱۰ Février ۱۹۹۷/ EC/ Aménagement) به بیان یکی از نویسندگان، شورای دولتی به‌عنوان نهاد «مقررات گذار سایه‌ای» (Shadow Regulator) در روابط حقوقی اشخاص، نقش بازی می‌کند و بر این مبنا، می‌تواند در تعدیل دایره‌ی حق و تکلیف طرفین قرارداد، با در نظر گرفتن هدف پیش‌بینی شده در این گونه قراردادهای به وضع قاعده متوسل شود (See: Bakovic, Tenenbaum and Woolf , ۲۰۰۳, p. ۱۷) و این موضوع چیزی بیش از تفسیر اراده‌های طرفین قرارداد است که معمولاً به صورت شروط ضمنی یا صریح در قراردادهای مدنی باید توسط دادرس مدنظر قرار گیرد. چنین وضعیتی در ارتباط با خلق قواعد حقوقی قابل مشاهده است. برای نمونه در پرونده‌ی ژنرال الکتریک بوردو، (EC/ ۳۰ Mars ۱۹۱۶/ Compagnie Générale d'électricité de Bordeaux) اصل تعدیل قرارداد متناسب با نیازهای مربوط به خدمات عمومی شناسایی شده است (بنگرید به: انصاری، ۱۳۸۰، صص ۲۲۶-۲۲۵؛ Dupuis, Guédon et Chrétien, op. cit., pp. ۱۳۰-۱۳۷ et Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administratif, ۱۹۷۴, pp. ۴۴۶-۴۴۷). در کنار این‌ها باید به نقش نظام قانون‌گذاری نیز توجه کرد که از همان زمان انقلاب کبیر ۱۷۸۹ با وضع قوانین خاصی، برخی از پیمان‌ها را از شمول صلاحیت دادگاه‌های دادگستری استثنا کرد. از نخستین آن‌ها می‌توان به پیمان‌های ساختمانی دولت، مصوب ۱۷۹۷ اشاره کرد که بر اساس آن، قراردادهای ساختمانی مرتبط با خدمات عمومی در صلاحیت شورای استاندارد قرار گرفت (بنگرید به: انصاری، پیشین، صص ۳۷-۳۲). در اسناد دیگر نیز این مهم مورد توجه بوده است. برای مثال در کد قراردادهای خرید عمومی، از جمله شروط حاکم

بر قرارداد، حمایت از خدمت عمومی ذکر شده است. (Clauses de Protection du Service Public) لذا انعقاد قرارداد و تفسیر آن هم‌سو با اصل خدمت عمومی صورت می‌گیرد (Voir: Richer, ۲۰۰۶, p. ۶۹۳).

در انگلستان سنت کلاسیک کامن‌لا در خصوص تعریف قرارداد، به نگاه فقهی و حقوق مدنی ایران نزدیک بوده است و از این حیث، قرارداد یک مفهوم حقوقی مبتنی بر قواعد حقوق خصوصی تعریف شده است (Mckendrick, ۲۰۰۸, pp. ۲۱ - ۱۴۸ and Padfield, ۱۹۹۸, p. ۹۷). چنین سستی مانع جدی در شناسایی قرارداد اداری بوده است. با این حال، هم‌زمان و حتی پیش از مخالفت‌های دایسی با تاسیس حقوقی قرارداد اداری در این کشور، قراردادهایی در حوزه‌ی راه‌آهن، برق و انرژی منعقد می‌گردید که از لحاظ چارچوب قواعد حقوقی از کامن‌لا فاصله داشت. با ورود به قرن بیستم، از یک سو قراردادهای عمومی و حکومتی کم‌کم به سمت ایجاد یک نهاد جدید حقوقی پیش رفت که از طریق آن بر خدمت عمومی توجه و تاکید شد و از سوی دیگر، فرم‌های استاندارد قراردادی به‌وجود آمد که در آن‌ها ضرورت خدمات‌رسانی در چارچوب تعهدات قراردادی شناسایی شده بود (See: Treitel, ۱۹۹۵, pp. ۱۹۶ - ۱۹۷). هم‌چنین، هم‌زمان با تقویت دولت رفاه و رویکردهای مداخله‌گرا، نظریه‌هایی چون «دولت مقررات‌گذار یا تنظیمی» (The Regulatory State) و «دولت رفاه» (The Welfare State) مطرح شد که از این طریق، دولت بیش از پیش درگیر ارائه‌ی خدمت عمومی یا مقررات‌گذاری در این حوزه شد (Mulcahy, ۲۰۰۸, pp. ۳۰ - ۳۴). به این دلیل بوده است که فریدمن قراردادهای تنظیمی (Regulatory Contracts) را بهترین و جدیدترین کمک به نظریه‌ی رفاه‌گرایی تلقی نموده و ابزاری جهت تقویت دولت رفاه و کنترل طرف خصوصی قرارداد به‌شمار آورده است (See: Camphell, ۲۰۰۰, p. ۴۷۸). در نگاه دیگری گفته شده است: قراردادهای عمومی ابزاری در دست حکومت، در راستای خیر عمومی و خدمت همگانی و ابزاری برای سیاست‌های ضدتورمی است (Craig, op. cit., pp. ۴۹۹-۵۰۰) و دغدغه‌ی دادگاه‌ها در این گونه پرونده‌ها عموماً حول کنترل اختیارات ناشی از چنین هدفی بوده است. (R v. Lewisham London Borough Council, ex p. Shell U.K. Ltd. [۱۹۸۸] ۱ All E.R. ۹۳۸)

در این میان، دادگاه‌ها از دهه‌ی ۱۹۸۰ به بعد، آن دسته پرونده‌هایی را مورد بازنگری و رسیدگی قضایی قرار داده‌اند که دولت بر مبنای قرارداد، ارائه‌ی قسمتی از خدمت عمومی را به بخش خصوصی واگذار کرده است و به چگونگی ارائه‌ی چنین هدفی، یعنی ارائه‌ی خدمت عمومی، در تفسیر قرارداد توجه داشته‌اند، زیرا این نوع واگذاری به استناد عمل مقررات-گذاری طرف اداری قرارداد صورت گرفته است. چنین نگاهی با در نظر داشتن اصل عدم خروج از صلاحیت، در پرونده‌های «اورایی علیه مک‌من» (۱۹۸۲)، «آر علیه شرکت قطارهای بزرگ غرب» (C. O. D. [۱۹۹۸] R.v. Great Western Trains Co. Ltd Exp. Fredrick) و «آر علیه پانل» (R (Datafin plc) v. Takeover Panel, Court of Appeal, [۱۹۸۷] ۱) ۵۶۴ (All ER) مطرح شده است.

تورپین می‌گوید: «از نظر قانون هر آنچه دولت می‌تواند انجام دهد، از طریق قرارداد نیز می‌تواند آن را محقق سازد» (Turpin, ۱۹۸۹, p. ۸۴) و این امر نشان از قلمرو گسترده‌ی اختیارات دولت در انعقاد قرارداد است. شاید بر این مبنا بوده که از آغاز دهه‌ی ۱۹۸۰ قراردادی‌سازی خدمات عمومی شدت گرفت و اسناد قانونی گوناگونی در این راستا به تصویب رسید که در آن‌ها بر غایت‌مداری قراردادهایی با سمت و سوی خدمت عمومی تصریح و تاکید شده است. در دهه‌ی گذشته اسنادی چون آیین‌نامه‌ی قراردادهای عمومی و آیین‌نامه‌ی قراردادهای خدمات رفاهی بیش از پیش مسیر خویش را در غایت‌مداری از سنت کلاسیک کامن‌لا جدا نموده و در بستر خدمت عمومی و منفعت عامه قرار داده‌اند. در آیین‌نامه‌ی قراردادهای عمومی، چنین آمده است: «قرارداد خدمت عمومی، قرارداد مکتوبی است که مقام قراردادی با شرایط معوض شخصی را برای ارائه‌ی خدمت عمومی به کار می‌گیرد.» (The Public Contracts Regulations, op. cit., Section ۲). آن چه از این تعریف در نگاه نخست فهمیده می‌شود این است که این گونه عمل قراردادی از تعریف سنتی نهاد قرارداد در انگلستان فاصله می‌گیرد (آدامز و براوزورد، ۱۳۸۶، ص ۲۸). در واقع، در این تعریف به درگیر کردن عاملین اقتصادی (Economic Operators) در اجرای اهداف مربوط به خدمات عمومی

تصریح شده است. چنین تعریفی در آیین‌نامه قراردادهای خدمات رفاهی نیز تکرار گردیده است (۲) (See: The Utilities Contracts Regulations, England, op. cit., Section ۲).

آن نگاه هماهنگی که در نظام حقوقی فرانسه راجع به این ویژگی وجود داشته، در ایران موجود نیست. در یک سو، رویکرد غالب حقوق خصوصی راجع به تمامی قراردادها حاکم بوده است که بر اثر آن، غایت‌انگاری خاصی که برای قراردادهای اداری متصور هست، در ایران با چالش مواجه بوده و نهادینه نشده است. طرف‌داران اصلی چنین رویکردی را می‌توان در قوه قضاییه و مشخصاً محاکم دادگستری و دیوان عدالت اداری جست‌وجو کرد که هم‌سو با دیدگاه فقه امامیه بوده‌اند. در سده‌ی اخیر، حقوق‌دانان حقوق خصوصی دانشگاه‌ها نیز این گونه اندیشیده‌اند. سیطره‌ی چنین برداشتی نسبت به نهاد قرارداد در ایران باعث شد دادگاه‌ها برخلاف شورای دولتی فرانسه که نقش بسیار اساسی در شناسایی هدف‌مداری این گونه اعمال قراردادی داشته است، نتوانند در چنین خط سیر فکری حرکت نمایند. در واقع، دادرسی قضایی در ایران در تفسیر قراردادهای عمومی با تبعیت از رویکرد حقوق خصوصی، خود را محدود به شروط ضمنی و صریح قرارداد کرده و سعی در احراز قصد واقعی طرفین قرارداد می‌نماید، بدون آن که اهداف این گونه قراردادها را در تصمیم‌گیری خویش دخیل سازد (بنگرید به: زارعی، پیشین، ص ۱ به بعد). البته باید رویکرد اثبات‌گرایی حقوقی را نیز به این امر اضافه نمود؛ نگاهی که شاید بیش از عامل نخست در به‌وجود آمدن چنین وضعیتی نقش داشته است. برای نمونه در پرونده‌های مربوط به قراردادهای عمومی، طرف خصوصی قرارداد به آسانی می‌تواند با استناد به آیین دادرسی مدنی تقاضای «دستور موقت» (ماده‌ی ۳۱۶ قانون آیین دادرسی مدنی: «دستور موقت ممکن است دایر بر توقیف مال یا انجام عمل و یا منع از انجام امری باشد»). کند و قضات بر مبنای همان نگاه حقوق خصوصی به صدور دستور موقت متوسل می‌شوند (مبحث ششم: دادرسی فوری، موضوع مواد ۳۲۵ - ۳۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی). که البته چنین دستوری در مواردی موجب خدشه به تداوم خدمت عمومی می‌گردد^۱. در سوی دیگر، برخی حقوق‌دانان

۱- برای دیدن آرای صادره در این خصوص از جمله بنگرید به: کلاسه پرونده‌ی ۷۶۶/۲۰/۷۷ شعبه‌ی ۲۰ دادگاه عمومی تهران و کلاسه پرونده‌ی ۱۴۵/۶۶ و ۲۲/۶۸ و ۲۴/۶۸ و ۴۷۶/۶۸ شعبه‌ی ۱۹ دادگاه حقوقی یک تهران.

حقوق عمومی، بدون توجه به جایگاه قراردادهای اداری در ایران، آن غایت‌مداری را که حقوق‌دانان فرانسوی برای قراردادهای اداری تعریف نموده‌اند، عیناً در آثارشان ذکر کرده‌اند بدون آن که تکلیف نظام حقوقی ما را با چنین اهدافی تبیین نموده باشند (بنگرید به: طباطبائی، ۱۳۷۸، صص ۳۲۰-۳۱۷؛ انصاری، پیشین، صص ۳۶-۳۵؛ رضایی‌زاده، ۱۳۸۷، صص ۱۵۱-۱۳۵). چنین انتقال ناقص از آموزه‌های حقوقی موجب ابهام بیش از پیش نهاد قرارداد اداری در ایران گردیده است.

گفتار سوم - رژیم فوق‌العاده نسبت به حقوق خصوصی

بر قراردادهای اداری احکام ویژه‌ای حاکم است که عموماً دارای ویژگی ترجیحی، اقتداری، امتیازی و حمایتی می‌باشند. خاص بودن این گونه معاملات، مقتضی قواعد ویژه برای چنین اعمال حقوقی دوجانبه است؛ قواعدی که نوعاً آمرانه، غیرقابل عدول و تقلیل‌ناپذیر، حتی با رضایت طرفین قرارداد، می‌باشد. در این گونه قراردادها هم به لحاظ شکل و هم از نظر ماهیت، اصول و قواعدی به صورت امری اعمال می‌گردد. در توصیف مصادیق چنین قواعدی، بهتر است گفته شود: در یک سو، اصول و قواعد ترجیحی، اقتداری، امتیازی و حمایتی چون حق فسخ یک‌جانبه توسط طرف اداری قرارداد یا حق تعدیل قرارداد به نفع دولت وجود دارد؛ زیرا فلسفه‌ی اصلی توسل دولت در تن دادن به این گونه قراردادها نه نفع اداره، بلکه نفع عمومی یا ارائه‌ی خدمت عمومی بوده است؛ قراردادی که به زعم دولت بهتر از عمل یک-جانبه، پاسخ‌گوی نیازهای مربوط به خدمت عمومی یا منفعت عمومی است. در چنین وضعیتی نیز اداره نمی‌تواند صلاحیت حاکمیتی خویش را مورد معامله قرار دهد و از این طریق اقتدار خویش را محدود سازد. البته اگر چنین باشد دولت در این جا از حاکمیت خویش کوتاه آمده است و این وضعیت موجب بحران مشروعیت دولت خواهد بود. در فرانسه شروط فوق‌العاده قرارداد، طرف خصوصی قرارداد را در جایگاه نازلی قرار داده و در جهت حمایت از وی، شورای دولتی بر این گونه شروط نظارت دارد (Chapus, op.cit., p. ۴۷۴). در سوی دیگر، اصول و قواعدی نوعاً محدودکننده و منع‌کننده وجود دارند که عمدتاً به اداره تحمیل می‌شود

که بر اساس آن‌ها، اداره نه تنها ممنوع از عدم رعایت آن‌هاست بلکه در جاهایی مکلف به حمایت از طرف خصوصی قرارداد می‌باشد که با عنوان اصل توازن مالی (Le Principe d'Equation Financière) قرارداد شناخته می‌شوند.

در این جا نیز همانند موارد پیشین، رویکرد نظام حقوقی فرانسه بیش از سایرین شفاف و روشن است. اگر گفته شود دکترین حقوقی این کشور از مهم‌ترین طراحان و پایه‌گذاران این گونه قواعد در چنین اعمال حقوقی بوده است، سخن گزافه‌ای نخواهد بود. از شاخص‌ترین حقوق‌دانان این کشور می‌توان به دولویادر (Voir: Laubadère, ۱۹۷۸ et Laubadère, ۱۹۹۶)، رنه شاپو (Voir: Chapus, op. cit., p. ۴۷۴) و گاستن ژر اشاره کرد (Voir: Jez, ۱۹۲۷, p. ۲۳۲). در نوشته‌های حقوق‌دانان این کشور این ویژگی با عنوان «رژیم فوق‌العاده نسبت به حقوق عام» (Régime Exorbitant du Droit Commun) مطرح شده است (Voir: Dupuis, ۴۳۳ - ۴۳۰). (Guédon et Chrétien, op.cit., pp. ۴۳۰ - ۴۳۳). گفته شده است چنین رژیم حقوقی اصول و قواعد حقوقی متمایزی از قراردادهای مدنی دارد (Goldman, ۱۹۸۷, p. ۴۶۲). از جمله‌ی این اصول و قواعد می‌توان به اختیار تغییر یک‌جانبه‌ی قرارداد اشاره کرد (Voir: Lichère, ۲۰۰۵, p. ۹۰). خاستگاه این اصول و قواعد در بستر نظریه‌ی اقتدار عمومی، نظریه‌ی عمل حاکمیت، نظریه‌ی برتری منفعت عمومی و نظریه‌ی خدمت عمومی قرار دارد؛ نظریه‌هایی که پایه‌گذار برتری طرف اداری قرارداد در این گونه اعمال حقوقی بوده‌اند که به واسطه‌ی آن‌ها، اصول حقوق خصوصی، هم‌چون برابری، در ساحت حقوق عمومی دچار تحول معنایی شده‌اند (Lichère, op. cit., p. ۱۳).

نگاه هماهنگ در این نظام حقوقی، در یک سو حقوق‌دانان حقوق عمومی را قرار می‌دهد که نظریه‌پرداز چنین رژیم حقوقی بوده‌اند. در کنار آن، شورای دولتی قرار داشته است که با به‌کارگیری نظریه‌های حقوق‌دانان در آرای خویش، به تعبیر برخی حقوق‌دانان، نهاد «حکومت قضات» (Gouvernement des Juges) را برپا کرده است (Voir: Dubouis, ۲۰۰۱, p. ۴) و بدین وسیله رژیم فوق‌العاده‌ی قراردادی را عینیت قانونی بخشیده و کم‌کم زمینه‌ساز بالندگی چنین ویژگی در این نظام شده است. از نخستین آرای شورای دولتی مشعر بر عبارت «شروط

استثنایی و فوق‌العاده نسبت به حقوق خصوصی» رای سال ۱۹۱۲ میلادی است (EC/ ۱۹۱۲/ Gronits des Vosges) که در آن مرز مفهومی این عبارت بیش از پیش روشن گردید (بنگرید به: رضایی‌زاده، ۱۳۸۷، صص ۱۵۰ - ۱۴۸). در رای دیگری، شورای دولتی برای طرف اداری قرارداد، امکان مداخله‌ی مستقیم در روابط پیمان کار اصلی و پیمان کار فرعی و تسویه حساب با پیمان- کار فرعی به حساب پیمان کار اصلی را مورد تصریح قرار داده است. (EC/ ۱۰ Février ۱۹۹۷/ SEM Equipement et Aménagement) هم‌چنین این شورا در آرای خویش (EC/ ۳۰ Mars ۱۹۸۲/ Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux et EC/ ۵ Novembre ۱۹۸۲/ Société Propetrol) شروط قرارداد را متناسب با نیازهای عمومی تعدیل نموده که به امتیازات فوق‌العاده تعبیر گردیده است. برای نمونه در پرونده‌ای، شورای دولتی با توجه به افزایش نیاز عمومی به موضوع تعهد پیمان کار (آب)، میزان تعهداتش را افزایش داد هر چند که در قرارداد چنین شرطی نیامده بود. (EC/ ۱۲ Mai ۱۹۳۳/ Compagnie Générale des Eaux)

در سوی دیگر، نهاد قانون‌گذاری مطرح است که هم‌سو با سایر نهادهای حقوقی این کشور در تقویت بسترهای این گونه گفتمان حقوقی نقش مهمی داشته است. در این کشور، قانون یکی از موارد ذکر قیود و شروط قراردادها به‌شمار آمده است (Richer, op. cit., p. ۲۳۸). شورای دولتی نیز در پرونده‌ای به این موضوع تصریح کرده است. (EC/ ۷ Octobre ۱۹۸۷/ Société des Casions du Touquet, Rec. ۳۰۶) از جمله اسناد قانونی، پیمان‌های ساختمانی دولت (Marchés de Travaux Publics) مصوب سال هشتم انقلاب، (Loi du ۲۸ Pluviose an VIII) است که از طریق آن کم‌کم بستر دادرسی اداری در ارتباط با قراردادهای اداری به- وجود آمد و از این طریق، شروط فوق‌العاده‌ای هم‌چون اختیار تعدیل یک‌جانبه‌ی قرارداد برای طرف اداری قرارداد فراهم گردید و دولت خود را در مقام توامان قاضی و یکی از طرفین پرونده تعریف نمود و در نتیجه رژیم فوق‌العاده قراردادی عینیت قانونی پیدا کرد. در ادامه اسناد مختلفی در این خصوص به تصویب رسید که از جمله آن‌ها، کد قراردادهای تدارک عمومی است. در این سند به برخی اصول حقوقی، نظیر اصل شفافیت، اشاره گردیده است که عدم رعایت آن‌ها موجب ابطال مناقصه خواهد بود (Code des Marchés Publics, Article ۱)

(۱) در حالی که چنین الزامی در قراردادهای مدنی پذیرفته نیست یا این که در آن به اختیار

اقدامات یک‌جانبه اشاره شده است (Voir: Lichère, op. cit., pp. ۸۷-۸۸). یا این که به امکان تسویه حساب با پیمان کار به صلاح دید اداره تصریح شده است. (Ibid., Article ۹۸) در قانون ۱۹۷۵ نیز از جمله شروط فوق‌العاده قراردادی، امکان پرداخت مستقیم مطالبات پیمان کار فرعی از پیمان کار اصلی توسط کارفرمای دولتی است و این در صورتی است که کار انجام شده مورد پذیرش کارفرمای دولتی بوده اما بین پیمان کار اصلی و فرعی اختلاف وجود داشته باشد. (Loi de ۱۹۷۵, [Code des Marchés], Article ۱۱۵)

آن وضعیت بالنده‌ای که در بالا در مورد فرانسه مطرح شد؛ در نظام‌های انگلستان و ایران وجود ندارد. چنین تفاوتی بین نظام فرانسه و انگلستان بیش‌تر ناشی از برداشت متفاوت از مفاهیم اداره، حقوق اداری، نهاد دولت، اصول تفکیک قوا و حاکمیت قانون است (بنگرید به: زارعی، پیشین، صص ۱۰-۱۷؛ Barry, ۱۹۸۲, p. ۹۲۹ and Fleiner, ۲۰۰۱ – ۲۰۰۰, p. ۹۲۹). در فضای گفتمان حقوقی که در آن قضات دادگاه، اعمال قراردادی اداره را مطابق با سنت حقوقی کامن‌لا و بر طبق اصول و قواعد حقوق خصوصی تفسیر می‌نمایند، امکان بروز و ظهور ترجیحات و امتیازات اداره در اعمال طرفین‌اش به وجود نمی‌آید. با این حال چنین فضای گفتمانی روز به روز از طریق منابع زیر در حال تضعیف است. بر این مبنا شروط فوق‌العاده قرارداد را در این کشور می‌توان از طریق موارد زیر ریشه‌یابی کرد.

۱- قوانین و مقررات: عمل قانون‌گذاری منبع اصلی شروط فوق‌العاده قراردادی در انگلستان به‌شمار می‌آید. چنین موضوعی ناشی از مقابله‌ی نظری دکتین حقوقی و دستگاه قضایی این کشور بوده است. در این کشور، پارلمان یا راسا و یا از طریق قانون‌گذاری تفویضی، می‌تواند فرم‌هایی از جنس ایقاعی برای اعمال قراردادی دولت تعریف کند. این وضعیت در برخی قوانین انگلستان به چشم می‌خورد که در آن برای دولت امکان خریدهای اجباری پیش‌بینی شده است (See for Example: The Civil Contingencies Act, ۲۰۰۴). گفته می‌شود در قراردادهای حکومتی، (Government Contracts) انجام تعهدات قراردادی برای دولت در صورتی الزام‌آور است که برای انجام آن، وجوهی از طرف پارلمان تصویب شده باشد؛ در غیر این صورت چنین قراردادی برای طرف دولتی قرارداد معتبر و الزام‌آور نبوده و دادگاه‌ها در

آرای خویش بر این امر صحه گذاشته‌اند (Churchward V. R. [۱۸۶۵] LR ۱ QB ۱۷۳ and (New South Wales V. Bardolph [۱۹۳۴] ۵۲ C.L.R. ۴۵۵). بارزترین اسناد متضمن شروط فوق‌العاده قراردادی را می‌توان آیین‌نامه قراردادهای عمومی و آیین‌نامه قراردادهای خدمات رفاهی ذکر کرد که در آن‌ها از یک سو، برای طرف خصوصی قرارداد، حقوقی چون شفافیت، آزادی و برابری شرکت در مناقصه پیش‌بینی شده است و اراده‌ی اداره در انتخاب طرف قرارداد محدود به حریم قانون گردیده است (The Utilities Contracts Regulations, op. cit., Sections ۸ (۱) & ۲۷ (۱) and The Public Contracts Regulations, op. cit., Sections ۴ (۱), (۳) & ۱۵) و در سوی دیگر، بر لزوم رعایت استانداردهای دولت توسط پیمان‌کار یا حق تعدیل قرارداد توسط اداره تصریح گردیده است. (The Utilities Contracts Regulations, op. cit., Section ۱۲ Regulations, op. cit., Section ۹ & (۲) Sections ۷) به‌علاوه پیش‌بینی شده است که اگر صاحب امتیاز قصد انعقاد قرارداد با پیمان‌کار فرعی را داشته باشد مکلف است شروط موردنظر دولت را در شروط قراردادی‌اش با پیمان‌کار فرعی بگنجانند. (The Public Contracts Regulations, op. cit., Section ۳۷ (۸)) در حوزه‌ی قراردادهای استخدامی، مهم‌ترین اسناد: قانون حمایت از استخدام، (Employment Protection (Consolidation Act) ۱۹۷۸) قانون پرداخت برابر، (Equal Pay Act, ۱۹۷۰) قانون عدم تبعیض جنسی (Sex Discrimination Act, ۱۹۷۵) قابل ذکر می‌باشند. در این اسناد شروطی برای روابط طرفین قرارداد استخدام اعمال گردیده که در قراردادهای مدنی بی‌سابقه است، برای نمونه کارفرما نمی‌تواند بدون دلیل قانونی اقدام به اخراج (Employment Protection (Consolidation Act), ۱۹۷۸, Part V and The Equal Pay Act, ۱۹۷۰, Section ۸۵ and The Sex Discrimination Act, ۱۹۷۵, Section ۱(۸)) نماید (Craig, op. cit., pp. ۵۱۲-۵۱۳).

۲- فرم‌های استاندارد قرارداد؛ بی‌تردید این گونه فرم‌ها از منابع قدیمی شروط فوق‌العاده در انگلستان بوده‌اند. هر چند در خصوص ماهیت این فرم‌ها اختلاف نظر وجود دارد؛ با این حال ویژگی یک‌جانبه بودن شروط چنین فرم‌هایی زمانی نهادینه می‌شود که دولت از طریق وضع قوانینی خاص، شروط استاندارد را در قراردادهای عمومی می‌گنجانند که با آزادی قراردادی معمول در قراردادهای مدنی فاصله دارند (Treitel, ۱۹۸۹, pp. ۳ - ۴)؛ به نحوی که در

قراردادهای عمومی تعدیل اصول حقوق خصوصی امکان پذیر می گردد (Craig, op. cit., p. ۴۹۳). لرد دیپلاک در پرونده ای (House of Lords, ۶۱۶ All ER ۳ [۱۹۷۴] Co Ltd v. Macaulay) با دسته بندی فرم های استاندارد به دو دسته ی قدیمی و مدرن، این گونه قالب ها را محصول وضعیت مدرن دانسته که در آنها نابرابری طرفین قرارداد وجود دارد. بر این مبنا، مداخله ی دادگاه ها در چنین پرونده هایی بیش از سایر قراردادهای حقوق خصوصی می باشد (Beale, Bishop & Furmston, ۱۹۸۵, p. ۵۶۷). به علاوه شروط مقرر در این گونه فرم ها گاهی به نحوی است که نمی توان آنها را با رویکرد صرف حقوق قراردادهای مدنی مورد تفسیر و نظارت قرار داد و چه بسا چنین شروطی از منظر حقوق خصوصی خلاف وجدان و غیرمعقول تلقی شده و توسط دادگاه ها ابطال شود؛ در قراردادهای مدنی مهم ترین اسنادی که با شروط فوق العاده یا اجحاف آمیز قرارداد مقابله می کنند شامل:

The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, ۱۹۹۹ and The Unfair Contract Terms Act, ۱۹۷۷ and The Consumer Credit Act, ۲۰۰۶

در حالی که چنین شروطی در قراردادهای عمومی یک امر رایج به شمار می آید (See:

(Bates, ۲۰۰۲, pp. ۱۳ - ۱۸).

در واقع، اداره در اقدامی به ظاهر طرفینی، شروطی را از قبل در قالب های از پیش تهیه شده تنظیم و تعریف می کند؛ به صورتی که طرف خصوصی قرارداد ناگزیر از پذیرش آن می گردد و به این وسیله آزادی و برابری طرفین قرارداد با تعدیل هایی مواجه می شود (Craig, op. cit., p. ۴۹۷). حقوق دانان انگلیسی چنین وضعیتی را نه ناشی از تنوری خاص، بلکه حاصل واقع گرایی قدرت در روابط طرفین قرارداد فرض می کنند (See: Tillotson, op. cit., p. ۱۲۵). در این صورت آنجا که دادگاه ها به غیر مشروع و ناعادلانه بودن چنین شروطی در این گونه قالب های از پیش تعیین شده متعرض نمی شوند، در واقع به صورت عملی آن را شناسایی می کنند و البته چنین وضعیتی حاکی از تغییر رویکرد نسبت به نهاد قراردادهای عمومی و شروط ناظر بر آنها به عنوان نهادی مجزا و مستقل از نهاد قراردادهای مدنی می باشد. هر چند که نمی توان آن بالندگی که قراردادهای اداری در فرانسه دارند، از قراردادهای عمومی انگلستان انتظار

داشت اما به هر حال این وضعیت نهاده، تا حدی که نیازهای اداره را در وضعیت موجود در روابط قراردادی اش برآورده کند، قابلیت پاسخ‌گویی را داشته است.

فارغ از این که چنین اوضاع و احوالی را پیامد عمل‌گرایی (در خوانش انگلیسی) یا نظریه-پردازی (در خوانش فرانسوی) بدانیم، نتیجه‌ی هر دو واحد است و آن این که به هر حال این وضعیت در هر دو خوانش در یک نقطه باهم تلاقی می‌کند و آن جایی است که اداره از امتیازات و ترجیحاتی برخوردار می‌شود و از طریق آن‌ها جایگاه خویش را در قرارداد تثبیت می‌کند. چه به ذاتی بودن چنین امتیازات و اقتدارات، آن چنان که فرانسوی‌ها بدان باور دارند، معتقد باشیم و چه مانند دیدگاه غالب در انگلستان بر این نظر باشیم که چنین امتیازات و ترجیحاتی حاصل توافق طرفین قرارداد است، با این حال باید توجه داشت آن جا که چنین قالب‌هایی به وسیله قانون (Legislation) یا مقامات قانون‌گذاری (Statutory Authority) پیش-بینی می‌شود، از حالت طرفینی خارج می‌گردد (See: Treitel, ۱۹۹۵, op.cit., p. ۱۹۶ and Tillotson, op.cit., p. ۶۴). تورپین بر این نظر است که این فرم‌ها از ویژگی «شبه الزام‌آور» (Quasi – obligatory Character) برخوردارند. چنین خصیصه‌ای البته در قراردادهایی نظیر قراردادهای شرکت‌های هواپیمایی، معاملات مربوط به عرضه‌ی خدمات و اعمال قراردادی ادارات پست با اشخاص که عموماً یکی از طرفین قرارداد، ادارات دولتی می‌باشد، صادق است (۱۳) Bates, op.cit., p. ۲۴۱ and Turpin, ۱۹۶۸, p. ۲۴۱. از دیدگاه حقوق‌دان دیگری، چنین قالب‌هایی اعمال ایقاعی و یک طرفه هستند که به طرف خصوصی قرارداد تحمیل می‌شوند (King, op. cit., pp. ۹۰۹ - ۹۱۸). در دیدگاه دیگر گفته شده است: این گونه قالب‌ها را نمی‌توان با توجیهات صرف حقوق خصوصی تبیین و تفهیم کرد (Bates, op. cit., p. ۱۳).

در عمل، دولت معمولاً از طریق فرم‌های استاندارد قرارداد، شروط برتری و ترجیحی خویش را به طرف قراردادی اش تحمیل می‌کند. در پرونده‌ای اظهارنظر شده است که چنین شروطی نه شروط توافقی، بلکه یک طرفه می‌باشند. (A & M Produce Co., v. FMC Corp., ۱۹۸۲) ۴۷۳، ۴۹۰ Cal. App. ۳d (۱۳۵) در پرونده‌ی دیگری با در نظر گرفتن اصل آزادی قراردادی، ماهیت چنین فرم‌هایی از دیدگاه حقوق خصوصی ظالمانه توصیف شده است

(Siegelman v. Cunard White Star, ۲۲۱ F.۲d ۱۸۹, ۲۰۶ (۲d Cir. ۱۹۵۵)) که در آن یک طرف در مقابل طرف دیگر در موقعیت برتری قرار می‌گیرد (Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., ۱۶۱ A. ۲d ۶۹, ۸۶ (N.J. ۱۹۶۰)).

۳- آرای قضایی مرتبط با حقوق عمومی؛ آرای قضایی انگلستان را باید از این حیث، پیرو قوانین و مقررات ناظر بر شروط فوق‌العاده تلقی نمود. دادگاه‌ها در پرونده‌های حقوق عمومی، اصول حقوق خصوصی را تا آنجا به کار می‌برند که تعارضی با اصول حقوق عمومی نداشته باشند، در غیر این صورت تاب برابری نخواهند داشت، زیرا اداره نمی‌تواند اختیارات قانونی و حاکمیتی خویش را از طریق قرارداد واگذار کرده یا محدود سازد. در این صورت مرز قرارداد اداره با اشخاص تا جایی است که به مرزهای اختیارات قانونی مقامات عمومی تجاوز نکند. چنین دیدگاهی از گذشته در آرای قضایی مورد تصریح بوده است.^۱ به بیان دیگر، قضات دادگاه‌ها به پرونده‌های حقوق عمومی نگاه منعطف‌تری دارند^۲ و آن‌جا که رژیم فوق‌العاده‌ای از طریق قانون برای طرف اداری قرارداد پیش‌بینی شده است آن را بر اصول حقوق خصوصی ترجیح می‌دهند (Brown and Bell, op. cit., pp. ۲۱۱-۲۱۲). به علاوه در جایی که در پرونده‌ای موضوع اختیارات مقام عمومی در قراردادی مطرح باشد، قابلیت نظارت قضایی را خواهد داشت. مجلس اعیان در پرونده‌ی «روی علیه کنزینگتن» (۱۹۹۲) اعلام داشت که در پرونده‌های مربوط به قراردادهای خصوصی، آن‌جا که موضوع عمل عمومی و اختیارات مقام اداری یا عمومی مطرح باشد، قابلیت بازنگری قضایی را خواهد داشت. دلیل اصلی چنین نظارتی آن است که چون دولت به استناد صلاحیت مقررات‌گذاری‌اش می‌تواند با کنترل مقررات‌گذارانه، (Regulatory Control) بر حقوق طرف خصوصی قرارداد تاثیر داشته باشد لذا چنین اختیاری باید موضوع کنترل قضایی باشد (Longrod, op. cit., p. ۳۳۶).

۱ - Stourcliffe Estates Co. Ltd. v. Bournemouth Corporation [۱۹۱۰] ۲ Ch. ۱۲ and South Eastern Ry. Co. v. Cooper [۱۹۲۴] ۱ Ch. ۲۱۱ and Birkdale District Electricity Supply Co. Ltd. v. Southport Corporation [۱۹۲۶] A.C. ۳۵۵ and York Corporation v. H. Leatham & Sons Ltd. [۱۹۲۴] ۱ Ch. ۵۵۷ and British Transport Commission v. Westmorland County Council [۱۹۵۸] A.C. ۱۲۶ and Dowty Boulton Ltd. v. Wolverhampton [۱۹۷۱] ۱ W.L.R. ۲۰۴.

۲ - See for Example: Malloch v. Aberdeen Corporation [۱۹۷۱] ۲ All ER ۱۲۷۸ and R. v. Civil Service Appeal Board, ex Parte Bruce [۱۹۸۹] ۲ All ER ۹۰۷.

گاهی رفتار دولت با طرف خصوصی قرارداد مبتنی بر اصول حقوقی بایدنگاری است که در حوزه‌ی قراردادهای تدارک عمومی رعایت آن‌ها ضروری می‌باشد. دادگاه در پرونده‌ای (R. v. Hereford Corporation, ex Parte Harrower [۱۹۷۰] ۱ WLR ۱۴۲۴) محلی را به خاطر عدم رعایت مقررات مربوط به دعوت از اشخاص واجد شرایط شرکت در مناقصه محکوم کرده است (Cane, ۱۹۹۲, p. ۲۶۱). در واقع آن جا که موضوع اختیارات فوق‌العاده‌ی دولت یا برتری‌های قانونی طرف عمومی قرارداد مطرح باشد از طریق دادگاه‌ها کنترل می‌شود و آرای قضایی نیز موید چنین موضوعی است. R. v. Independent Broadcasting ۱۹۸۶, ۲۶ Authority Ex. P. Pank Organization, March ۱۹۸۶ مربوط به منافع عمومی، بر حمایت بیش‌تر از دولت در روابط قراردادی‌اش با پیمان‌کاران اشاره داشته است. ۵۸۲ W.L.R. [۱۹۸۰] ۱ Cinnamond v. Britith Airports Authority در کنار این‌ها، باید توجه داشت که تا سال ۱۹۴۷ (در این سال با تصویب قانون، هرگونه شکایت در خصوص مسئولیت دولت امکان‌پذیر گردید. بنگرید به: ۱ Section ۱۹۴۷, The Crown Proceedings Act) که مسئولیت مقام سلطنت پذیرفته نشده بود قدرت قراردادی مقام سلطنت نامحدود به‌شمار می‌آمد و رویه‌ی قضایی (۴۹۶, ۴۵۵ C.L.R. ۵۲ [۱۹۳۴] New South Wales v. Bardolph) نیز بر همین مبنا، مسئولیتی برای دولت در قبال اعمال خویش نمی‌پذیرفت.^۱ پس از تصویب قانون مذکور دادگاه‌ها در تفسیر اختیارات فوق‌العاده‌ی مقام سلطنت به منفعت عمومی و رفاه همگانی نظر دارند.

۴- اختیارات ترجیحی (Prerogative Power) مقام سلطنت؛ این گونه اختیارات دربردارنده‌ی جایگاه برتر و نابرابر رابطه‌ی اداره با اشخاص خصوصی است که البته گستره‌ی آن محدود به قراردادهای عمومی نبوده است. با این حال چنین اختیاراتی می‌تواند در روابط قراردادی مقام سلطنت با کارمندان دولت به کار گرفته شود و برخی از آرای قضایی امکان انعقاد چنین قراردادی را مغایر قانون اساسی ندانسته‌اند (Rodwell v. Thomas [۱۹۴۴] K.B. ۵۹۶ and)

۱- چنین وضعیتی در فرانسه با ایده‌ی عمل حاکمیتی در برابر عمل تصدی دولت مطرح بوده است که در طول قرن ۱۹ بر روابط دولت با اشخاص حاکم بوده است و با رای بلانکو در سال ۱۸۷۳ این مبنای تقسیم بندی کنار گذاشته شد.

۱۰۴۶. ۱ WLR. [۱۹۵۹] Riordan v. War Office. در پرونده‌ای، اختیار استخدام جزو اختیارات ترجیحی مقام سلطنت به‌شمار آمده است (Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [۱۹۸۵] AC ۳۷۴). یا این که آن جا که موضوعی مربوط به اختیارات حاکمیتی باشد اختیار ترجیحی طرف دولتی قرارداد قابل اعمال ذکر شده است. در پرونده‌ی دیگری، ضرورت جنگ از اختیارات ترجیحی طرف عمومی قرارداد اعلام شده و از بازنگری قضایی مستثنا ذکر شده است (Commissioners of Crown Lands v. Page [۱۹۶۰] ۲ QB ۲۷۴). در حالی که دادگاه بعداً در پرونده‌ی دیگری این گونه اختیارات را به این ادعا که ممکن است طرف عمومی قرارداد از اختیار خویش خارج شده باشد، موضوع بازنگری در نظر گرفت؛ دادگاه دنبال احراز این واقعیت بود که به کارگیری صلاحیت تشخیصی در راستای منافع عمومی باشد (Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corporation [۱۹۷۱] ۲ WLR ۲۰۴).

به هر حال رویه‌ی قضایی به این رویکرد تمایل دارد که صلاحیت دولت در انعقاد قراردادهای مربوط به منافع عمومی و رفاه همگانی را در قلمرو اختیارات مقام سلطنت فرض کند تا به این وسیله، از اختیارات ترجیحی سلطنت تلقی شده و از حوزه‌ی قواعد عام کامن‌لا خارج باشد. مجلس اعیان در پرونده‌ای به این موضوع اشاره داشته است. Town Investment Ltd. v. Department of the Environment [۱۹۷۸] A.C. ۳۵۹. به‌علاوه در اوضاع و احوال اضطراری اقتدارات ترجیحی دولت در روابط قراردادی‌اش با اشخاص محفوظ بوده است. بر این اساس، حکومت می‌تواند از تعهدات قراردادی خویش در چنین مواقعی عدول کند یا حتی نهاد مالکیت خصوصی را تعطیل نماید. آرای قضایی (Burmah Oil Company (Burma Trading) Ltd v. The Lord Advocate [۱۹۶۵] AC ۷۵) و جدیدترین اسناد قانونی (The Civil Contingencies Act ۲۰۰۴) چنین وضعیتی را تایید می‌کنند (See: Ministry of Justice, ۲۰۰۹, pp. ۱۹ - ۲۱).

به‌رغم هم‌سویی نگاه حقوق‌دانان حقوق خصوصی ما با دیدگاه کامن‌لا راجع به نهاد قرارداد و به تبع آن نفی هر گونه ترجیح و اقتداری برای یکی از طرفین معامله (بنگرید به: کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۱۸؛ صفایی، ۱۳۸۹، ص ۱۸ به بعد؛ شهیدی، ۱۳۷۷، ص ۳۸ به بعد؛ و قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۹ به بعد)،

می‌توان گفت که نهاد قراردادهای عمومی که به پشتوانه‌ی عمل قانون‌گذاری و نظریه‌های حقوق‌دانان حقوق عمومی ایران ارائه شده است، قابلیت دربرداشتن اصول و قواعد ویژه‌ی حقوقی را در معنایی که به‌عنوان امتیازات و اقتدارات طرف عمومی قرارداد نامیده می‌شود، دارا می‌باشد. بر این اساس، منابع شروط فوق‌العاده‌ی قرارداد در ایران را می‌توان به این قرار ذکر کرد؛

۱- قوانین و مقررات؛ به نظر می‌رسد اصلی‌ترین منبع به‌وجود آورنده‌ی شروط فوق‌العاده‌ی قراردادهای عمومی در ایران قانون بوده است. مهم‌ترین اسناد مرتبط را می‌توان شامل آیین-نامه‌ی معاملات دولتی، آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها، قانون مدیریت خدمات کشوری و قانون برگزاری مناقصات دانست. مطابق آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها، (آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها، مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ با اصلاحات بعدی (مصوب کمیسیون مشترک وزارت کشور و مجلس). این سازمان در قراردادهای خویش با پیمان‌کاران از اختیاراتی مانند خلع ید موقت (ماده‌ی ۱۵) و انجام امانی کار یا اختیار نظارت و هدایت قرارداد یا اختیار تغییر یک‌جانبه‌ی قرارداد (ماده‌ی ۱۸)، برخوردار است. در آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی، طرف اداری قرارداد، از اختیاراتی، چون افزایش یا کاهش مورد معامله تا بیست و پنج درصد مقدار مندرج در قرارداد، برخوردار است (بند ۷ ماده‌ی ۳۱). در قانون مدیریت خدمات کشوری دولت مکلف گردیده است از اشخاصی که از طریق قرارداد امور تصدی‌های اجتماعی، فرهنگی و خدماتی را انجام می‌دهند، حمایت کند (ماده‌ی ۱۳). از جمله مصادیق چنین کمکی می‌تواند پیش‌بینی شروط فوق‌العاده به نفع این گونه اشخاص باشد. در قانون برگزاری مناقصات نیز به شروطی چون شفافیت، برابری شرکت در مناقصه و حق ضبط تضمین شرکت در مناقصه تصریح شده است که در قراردادهای مدنی بی‌سابقه است (مواد ۲۳، ۲۶ و ۲۱).

۲- قراردادهای الحاقی؛ مهم‌ترین سند در ارتباط با شروط فوق‌العاده در قراردادهای الحاقی، شرایط عمومی پیمان است. در این سند نیز شروطی مشابه شروط اقتداری و حمایتی گفته شده در اسناد پیشین، نظیر اختیار فسخ به خاطر مقتضیات اداری (ماده‌ی ۴۸)، حق جریمه‌ی مستقیم پیمان‌کار (ماده‌ی ۴۷) و اختیار تغییر مقادیر کار (ماده‌ی ۲۹) و تحمیل کارهای جدید (ماده‌ی ۳۰)

ذکر شده است؛ قیودی که به شروط فوق‌العاده معروفند. با این حال معضل تفسیر مبتنی بر رویکرد حقوق خصوصی، می‌تواند ویژگی الحاقی بودن این گونه قراردادها را در ایران با بحران مواجه سازد؛ در برخی نوشته‌ها می‌توان چنین رویکردی را مشاهده کرد (بنگرید به: اسماعیلی هریسی، ۱۳۸۷، ص ۳۸۸ به بعد).

۳- دیدگاه حقوق‌دانان حقوق عمومی؛ در ارتباط با دیدگاه‌های حقوق‌دانان حقوق عمومی باید گفت که علمای حقوق عمومی ایران بر خلاف انگلستان، عموماً موافق رژیم شروط فوق‌العاده‌ی قراردادی در قراردادهای متناظر با ارائه‌ی خدمت عمومی و منافع عمومی هستند. نگاهی به آثار این حقوق‌دانان موید چنین وضعیتی است (بنگرید به: زارعی، پیشین، ص ۱۰ به بعد؛ انصاری، ۱۳۸۰، صص ۱۸ - ۱۴؛ طباطبائی، ۱۳۷۸، صص ۳۱۱-۳۱۰). در کنار دیدگاه حقوق‌دانان، رویکرد انفعالی قوه‌ی قضاییه در ارتباط با شروط فوق‌العاده‌ی قراردادی قابل توجه بوده است. به این صورت که در طول دهه‌های گذشته، راجع به ماهیت شروط مقرر در اسنادی چون شرایط عمومی پیمان، هیچ رویه‌ی قضایی مشخصی اتخاذ نشده است و با عدم تعرض به این گونه شروط در قراردادهای دولت، صرفاً چنین شروطی در قراردادهای ساختمانی و عمرانی دولت به کار برده می‌شود. در واقع، قضات هیچ گونه دیدگاه فعالی، آن‌چنان که شورای دولتی فرانسه داشته است، نداشته‌اند. آرای قضایی متعدد گویای چنین واقعیتی است.^۱

به بیان دیگر، باید توجه داشت که نگاه دستگاه قضایی ایران، نسبت به این گونه شروط و مواد قانونی ذکر شده در ارتباط با حمایت از طرف اداری قرارداد، مبتنی بر انگاره‌های حقوق خصوصی بوده است (زارعی، پیشین، ص ۱ به بعد). چنین رویکردی زمانی جایگاه نهاد قراردادهای اداری در ایران را با بحران فزاینده روبه‌رو می‌سازد که در نظر داشته باشیم اثبات‌گرایی حقوقی، قوه‌ی قضاییه را تحت سلطه‌ی خود داشته است. در این صورت حتی شروط

۱- برای نمونه بنگرید به: کلاسه پرونده‌ی ۷۶۶/۲۰/۷۷ شعبه‌ی ۲۰ دادگاه عمومی تهران و کلاسه پرونده‌ی ۱۴۵/۶۶ و ۲۲/۶۸ و ۲۴/۶۸ و ۴۷۶/۶۸ شعبه‌ی ۱۹ دادگاه حقوقی یک تهران و کلاسه پرونده‌ی ۲۰۳۹/۷۴ شعبه‌ی ۸ دادگاه عمومی تهران و کلاسه پرونده‌ی ۱۱۰۵/۸/۷۴ شعبه‌ی ۸ دادگاه عمومی تهران و کلاسه پرونده‌ی ۲۳۷۳/۷۴ شعبه‌ی ۱۰ دادگاه عمومی تهران و کلاسه پرونده‌ی ۷۴/۸/۱۵ شعبه‌ی ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و دادنامه‌ی شماره‌ی ۶/۴۶ شعبه‌ی ۶ دیوان عالی کشور.

فوق‌العاده‌ی ذکر شده در اسناد بالا، لاجرم از منظر قضات ایرانی بسیار مضیق تفسیر می‌شود بدون آن که استدلالی^۱ راجع به کارویژه‌های چنین شروطی مطرح شود.

گفتار چهارم- وجود دادگاه‌های اختصاصی

شکل خاص، ماهیت ویژه، هدف معین و شروط فوق‌العاده‌ی ناظر بر قراردادهای اداری، مقتضای دادگاه خاص با قضات متخصص حقوق عمومی می‌باشد. با در نظر گرفتن صلاحیت دادگاه‌ها در رسیدگی به قراردادهای نظام‌های حقوقی به نظام قضایی تک‌پایه و نظام قضایی دوپایه تقسیم می‌شوند. در نظام قضایی نخست، دادگاه‌ها بیش از یک نوع نبوده و دادگاه‌های دادگستری (Ordinary Courts) به عموم پرونده‌های قضایی رسیدگی می‌کنند؛ در حالی که در نظام قضایی دوپایه، آن چنان که خود لفظ معرف محتوای خویش می‌باشد، دادگاه‌ها از نظر صلاحیت، به دادگاه عادی یا دادگاه دادگستری و دادگاه اداری تقسیم می‌شوند.

در خصوص جایگاه ویژگی چهارم قراردادهای اداری نزد نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان و ایران می‌توان موضوع را به این صورت مطرح کرد؛ نخست این که فرانسه از نظر دسته‌بندی الگوی گفته شده در پاراگراف بالا، ذیل نظام قضایی دوپایه قرار می‌گیرد. در واقع، در این کشور با شناسایی دو نوع دادگاه بالا، قضاوت اداری و قضاوت قضایی شکل گرفته است (قاضی، ۱۳۷۵، صص ۲۶-۲۵). در نتیجه اصطلاح قراردادهای اداری با قراردادهای مدنی متفاوت فرض شده است (Planio et Ripert, ۱۹۵۲, pp. ۱۷ - ۱۸). دلیل مهم‌تر این است که بر اساس برداشت فرانسوی‌ها از اصل تفکیک قوا، هیچ دادگاه عادی حق دخالت در امور اداره، از جمله قراردادهای اداری، را ندارد (بنگرید به: زارعی، پیشین، صص ۱۰-۹؛ Brown and Bell, op. cit., p. ۲۲۲). بر این مبنا از نظر داشتن صلاحیت ذاتی، دادگاه‌های اداری و در راس آن شورای دولتی مرجع صلاحیت‌دار ذاتی رسیدگی به پرونده‌های مربوط به قراردادهای اداری می‌باشند. آغاز چنین صلاحیتی به سال‌های نخستین انقلاب کبیر ۱۷۸۹ فرانسه برمی‌گردد. در آن زمان هر چند قضاوت اداری از رویکرد عدالت تحفظی (Justice Retenu)

۱- در اصل ۱۶۶ قانون اساسی به ضرورت مستدل بودن آرای دادگاه‌ها تصریح گردیده است.

پیروی می‌کرد، اما به موجب قانون سال ۱۸۷۲، نظام عدالت تفویضی (Delegated Justice) جایگزین نظام عدالت تحفظی گردید و بر اساس آن شورای دولتی صلاحیت صدور رای به نام ملت فرانسه را پیدا کرد. تکمیل چنین فرآیندی با رای «کادوت» (EC/ ۱۳ Décembre ۱۸۸۹/ Cadot) بود که بر مبنای آن نظام «وزیر قاضی» حذف و اشخاص توانستند در مرحله‌ی نخستین، شکایت خود را نزد شورا مطرح کنند و از این دوره، رسیدگی به قراردادهای اداری در صلاحیت کامل شورای دولتی مستقر شد (See: Marsh, ۱۹۹۶, pp. ۲۸-۲۹). آرای مختلفی موبد این امر می‌باشد (EC/ ۲۶ Juillet ۱۹۹۱/ Commune de Saint – Marie).

دوم این که انگلستان و ایران، بر خلاف فرانسه، در الگوی نظام قضایی تک پایه قرار دارند و دادگاه‌های دادگستری صلاحیت عام رسیدگی به عموم قراردادها را دارند و از آن طریق، طرفین جهت احقاق حق خویش می‌توانند نزد دادگاه‌های عمومی شکایت کنند (Clives, op. cit., p. ۲۰؛ زارعی، پیشین، صص ۹-۱۰). در خصوص چرایی تبعیت از چنین الگویی گفته شده است: برداشت انگلیسی‌ها از مفهوم اصل تفکیک قوا صرفاً به تفکیک ماهوی وظایف معطوف بوده است. بر این اساس، از آن جا که نهاد اداره، یک سازمان اجرایی به شمار آمده و در بدنه‌ی قوه‌ی مجریه قرار دارد لذا مشمول نظارت قوه‌ی قضاییه می‌باشد و دادگاه‌های دادگستری (The Ordinary Courts of the Land) بر اساس اصل بازنگری قضایی و به تاسی از اصل حاکمیت قانون د/یسی (این مفهوم یکی از برداشت‌های سه گانه‌ی د/یسی (معنای دوم) از مفهوم حاکمیت قانون را تبیین می‌نماید (Dicey, ۱۹۲۷, p. ۱۹۸ and Harlow, ۲۰۰۵, p. ۱۴۰). مجازند کلیه‌ی اعمال اداری، اعم از یک جانبه و دوجانبه، را کنترل کنند (بنگرید به: زارعی، پیشین، صص ۷-۸؛ Wade and Forsyth, ۲۰۰۴, pp. ۴-۵ and Jones, op. cit., p. ۳). در ایران نیز در عمل دادگاه‌های دادگستری به استناد اصل ۱۵۹ قانون اساسی و قانون آیین دادرسی مدنی و آرای وحدت رویه‌ی دیوان عدالت اداری، (بنگرید به: آرای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۵۹- ۳۰/۴/۱۳۷۱ و ۱۹۷- ۲۰/۶/۱۳۷۹ و ۲۲۸ هیات عمومی دیوان عدالت اداری). خوند را مرجع صالح رسیدگی به پرونده‌های مربوط به اعمال قراردادی می‌دانند. هر چند که چنین استدلالی با منطق و روح حاکم بر اصل ۱۷۳ منافات دارد؛

زیرا در این اصل، دیوان عدالت اداری مرجع رسمی رسیدگی به مطلق اعمال، اقدامات، تصمیمات «مامورین یا واحدها» ذکر شده است و هیچ گونه قیدی بر آن وارد نشده است. باید در نظر داشت که در عمل وضعیت مذکور در ارتباط با قراردادهای عمومی ایران و انگلستان، یک وضعیت غیرقابل انعطاف نبوده است بلکه ناظر بر اصالت می‌باشد؛ به این معنا که نمی‌توان از عدم وجود مطلق دادگاه‌ها یا مراجع اداری واجد صلاحیت رسیدگی به پرونده‌های گفته شده در دو نظام قضایی ایران و انگلیس سخن به میان آورد؛ بلکه هر چند در این دو کشور راجع به پرونده‌های عمومی، اصالت رسیدگی با دادگاه‌های دادگستری است؛ اما نمی‌توان وجود دادگاه‌ها یا دیوان‌ها یا مراجعی با کارویژه‌ی قضایی یا شبه‌قضایی واجد صلاحیت رسیدگی به بخشی از پرونده‌های مربوط به قراردادهای عمومی را منکر شد؛ هر چند ممکن است چنین مراجعی در نهایت تحت کنترل این دادگاه‌ها هستند. بر این اساس، می‌توان وضعیت را در ارتباط با ایران و انگلستان به شرح زیر ذکر کرد:

- ۱- در نظام حقوقی ایران دیوان عدالت اداری مجال ورود و رسیدگی به پرونده‌های قراردادهای عمومی را نداشته است (بنگرید به: صدرالحفاظی، ۱۳۷۲، ص ۹ به بعد) و به مناسبت‌های گوناگون در آرای خویش رسیدگی به تمام قراردادهای را یک موضوع ترافی تلقی کرده و رسیدگی به آن‌ها را در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری دانسته است (آرای وحدت رویه‌ی شماره‌های ۵۹ - ۳۰/۴/۱۳۷۱ و ۱۹۷ - ۲۰/۶/۱۳۷۹ و ۲۲۸). اما مطابق تبصره‌ی ماده‌ی ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به پرونده‌های مربوط به قراردادهای استخدام پیمانی در صلاحیت ذاتی دیوان تعریف شده است. (برای نمونه بنگرید به: کلاسه پرونده‌ی ۳۴۶۰/۸/۸۷ شعبه‌ی ۸ دیوان عدالت اداری). این دوگانگی در نگاه قانون‌گذار و رویه‌ی قضایی دیوان را البته نمی‌توان بی‌تأثیر از تعارض دیدگاه فقهی حاکم بر دستگاه قضایی با وضعیت مستحدثه‌ی مدرن دانست.
- ۲- در نظام حقوقی انگلستان نیز هر چند نگاه رایج در کامن‌لا هم‌سو با انگاره‌های حاکم بر قوه‌ی قضاییه ایران بوده است؛ اما نمی‌توان به نقش تحولات قرن بیستم در محدود نمودن بیش از پیش چنین انگاره‌هایی بی‌توجه بود. در یک سو، نهاد قانون‌گذار قرار دارد که هم‌سو با تغییرات در سطح کلان نظام سیاسی عمل کرده است و با روی کار آمدن دولت‌های رفاه و

تاثیر ایده‌ی کینتری بر امور بازار در نیمه‌ی قرن بیستم به تصویب قوانین و مقرراتی اقدام کرده است. در این خصوص مهم‌ترین سند، قانون دیوان‌ها و رسیدگی‌ها (Tribunals and Inquiries Act, ۱۹۵۸, ۱۹۷۱, ۱۹۹۲ and ۲۰۰۷) است که البته چنین وضعیتی نشان از افول نظام اقتصاد آزاد (Laissez – Faire) بوده است (Jones, op. cit., p. ۲۷۵). در چنین وضعیتی جامعه‌ی انگلیس در واکنش به نیازهای فزاینده، کم‌کم به سمت بسط و تقویت دیوان‌هایی تقریباً هم‌سو با دادگاه‌های اداری فرانسه، چون دیوان املاک (Lands Tribunal) پیش رفته است (بنگرید به: هیات پژوهش‌گران کاوندیش، ۱۳۸۹، ص ۱۹۶ به بعد) تا از طریق آن‌ها نیازمندی‌های عمومی خویش را برآورده سازد و به نوعی بر عموماًت کامن‌لا، استثنائاتی را وارد کرده است. از سوی دیگر دستگاه قضایی نیز بیش از گذشته از نظریه‌ی نخستین دایسی در ارتباط با وحدانیت دادگاه‌ها و اصول ناظر بر رسیدگی آن‌ها فاصله گرفته است. به‌علاوه سنت جاری در ارتباط با اختلافات مربوط به قراردادهای عمومی این است که حل و فصل اختلافات مربوط به این گونه قراردادها کم‌تر در دادگاه‌های دادگستری مطرح می‌شود و عموماً پیش از آن که موضوع به دادگاه برسد با سازوکارهای خارج از دادگاه، نظیر سازش و داوری، حل و فصل می‌گردد. برای نمونه در آیین‌نامه‌ی قراردادهای خدمات رفاهی استفاده از چنین سازوکارهایی تشویق شده است (See: The Utilities Contracts Regulations, op. cit., Secs. ۴۵ - ۴۶). چنین روندهایی زمینه را برای نهادینه شدن بیش از پیش قراردادهای عمومی در این کشور مهیا کرده است.

۳- علاوه بر موارد استثنایی بالا، موضوع بازنگری قضایی آن بخش از اعمال اداری که زمینه‌ساز تصمیم به انعقاد قرارداد یا موضوعات منتهی به قرارداد بوده است قابل طرح در دیوان عدالت اداری بوده و در انگلستان نیز توسط دادگاه‌ها قابل رسیدگی هستند. برای نمونه تصمیم یک دستگاه اداری جهت برگزاری مناقصه‌ی محدود به جای مناقصه‌ی عمومی که موضوع یک عمل اداری به‌شمار می‌آید، قابلیت بازنگری قضایی توسط نهادهای گفته شده را دارد. مستند چنین ادعایی در انگلیس ماده‌ی ۱-۵۴ آیین دادرسی مدنی (Civil Procedure Rules, (۱) ۵۴, Sec. ۱۹۹۸) است که بر اساس آن رسیدگی به «اعمال عمومی» که در واقع موضوع

حقوق عمومی‌اند، مشمول بازنگری قضایی هستند. در کنار آن، آیین دادرسی بازنگری قضایی، مصوب ۱۹۷۷، امکان بازنگری قضایی پرونده‌های «حقوق عمومی» را پذیرفته است و رویه‌ی قضایی نیز بر این امر صحنه گذاشته است (See: Alder, op.cit., p. ۴۱۱). این در حالی است که در نظام ایران مواد ۱۳ و ۱۹ قانون دیوان عدالت اداری مهم‌ترین سند قانونی قابل اتکا راجع به نظارت قضایی بر اعمال اداری به‌شمار می‌آیند.

پرسشی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا ویژگی چهارم، به‌عنوان یکی از شروط ضروری قراردادهای اداری به‌شمار می‌آید یا نه؟ اهمیت این پرسش از این روست که با نگاهی به کشور مهد قراردادهای اداری ملاحظه می‌شود که علی‌رغم این که در این کشور از گذشته شورای دولتی به قراردادهای اداری رسیدگی کرده است؛ اما برخی از حقوق‌دانان فرانسوی و در راس آن‌ها دولویادر چنین عنصری را به‌عنوان یکی از شاخص‌های این گونه اعمال حقوقی در نظر نیاورده است (بنگرید به: طباطبائی، پیشین، صص ۳۱۹ - ۳۱۸؛ Laubader, Venezia et Gaudmemet, ۱۹۹۶, p. ۴۰). در پاسخ باید گفت آن چنان که تجربه‌ی تاریخی فرانسه نشان می‌دهد نقش شورای دولتی در توسعه و خلق اصول و قواعد خاص قراردادهای اداری، نظیر اصل دوام خدمت عمومی در پرونده‌ی بلانکو، بی‌بدیل بوده است. در واقع اگر از بالندگی قراردادهای اداری سخن به میان می‌آید، از جمله دلایل اصلی این امر بی‌تردید وجود شورای دولتی است. آن چه در این نوشتار به دنبال آن بوده و هستیم این است که هر چند از دیدگاه واژه‌شناسی چنین نهادی در دو کشور ایران و انگلستان موجود نبوده است اما از دیدگاه کارکردگرایی مشابه‌ترین نهاد قرارداد اداری فرانسه در ایران و انگلستان قراردادهای عمومی و حکومتی بوده است؛ هر چند که در این دو کشور برخلاف فرانسه، دادگاه‌های دادگستری واجد صلاحیت ذاتی رسیدگی به این گونه قراردادهای هستند.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار با در نظر گرفتن پرسش مطروح و در تکاپوی فهم بهتر وجوه اشتراک و افتراق نظام‌های حقوقی مورد مقایسه و به‌ویژه آسیب‌شناسی قراردادهای اداری در نظام حقوقی

ایران، به بیان ویژگی‌های قرارداد اداری پرداختیم و از منظر مقایسه‌ای ملاحظه کردیم چنین ویژگی‌هایی متناسب با نیازهای این نظام‌ها به کار گرفته شده است و این که به هر حال هر سه نظام حقوقی حداقلی از عناصر مربوطه را داشته‌اند؛ هر چند که از این جنبه سطوح نظام‌ها در طیفی از حداقل و حداکثر قرار می‌گیرند. نهایت این که از منظر تطبیقی چنین نتیجه می‌گیریم:

۱- اوصاف ناظر بر قرارداد اداری، به‌عنوان تاسیس حقوقی دولت مدرن، نمی‌تواند در نظام‌های حقوقی سه‌گانه مورد غفلت یا دچار رویکرد کلی عدمی باشد؛ به این معنا که هیچ نظامی از جمله سه نظام حقوقی ایران، فرانسه و انگلستان نمی‌توانند کلیه ویژگی‌ها یا کارویژه‌های چنین گفتمانی را کلاً نفی نمایند. در بین سه نظام مورد مقایسه، فرانسه به مثابه مهد قراردادهای اداری، نه تنها هر چهار ویژگی را داشته است بلکه نظام حقوقی این کشور خالق اصل چنین ویژگی‌هایی به‌شمار می‌آید. این در حالی است که انگلستان و ایران چنین جایگاه و خصیصه‌ای را نداشته‌اند.

۲- آن نگاه یک‌دست و هماهنگی که در بین حقوق‌دانان، قانون‌گذار و شورای دولتی فرانسه در خصوص ویژگی‌های قراردادهای اداری متناسب با نیازهای امور عمومی وجود دارد؛ در انگلستان و ایران مشاهده نشد. هر چند رویکرد غالب در انگلستان و ایران مبتنی بر اصول و قواعد عام قراردادهای بوده است؛ با این حال بین این دو نظام نیز برابری در هماهنگی لایه‌های مختلف نظام حقوقی مشاهده نگردید. در انگلستان هم قوانین و مقررات و هم آرای قضایی، غایت‌مداری قراردادهای اداری و امکان استفاده از شروط فوق‌العاده‌ی قراردادی را پذیرفته‌اند و حتی برخی از حقوق‌دانان این کشور بر ضرورت تصویب قوانین خاص در ارتباط با این گونه قراردادهای اذعان کرده‌اند (Craig, op. cit., p. ۴۹۸). این در حالی است که در ایران این هماهنگی مشاهده نمی‌شود. در یک سو حقوق‌دانان متأثر از حقوق فرانسه قابل ذکرند؛ در سوی دیگر، حقوق‌دانان هم‌سو با اندیشه‌ی فقهای امامیه قرار دارند که نهاد قانون‌گذاری را به صورت نسبی و قوه‌ی قضاییه را به‌طور کامل در چنبره‌ی اندیشه و سنت فکری خویش گرفته‌اند و البته دیدگاه اخیر نسبت به رویکرد پیشین، ریشه‌دارتر و قدرتمندتر است. پیامد نخستین چنین وضعیتی بحران در شکل‌گیری نهاد قرارداد اداری بوده است. استمرار چنین

شرایط انفعالی باعث شده است که در آن امکانی برای شکل‌گیری گفتمان قراردادهای اداری باقی نماند و از حیث دکترین حقوقی و آرای قضایی رویه‌ساز نیز نظام حقوقی ما مهجور مانده است.

۳- در هر سه نظام حقوقی مورد مقایسه، امکان به‌کارگیری شروط و قالب‌های از پیش تعیین شده، شناسایی گردیده است و عملاً در هر سه نظام حقوقی از چنین قالب‌هایی استفاده می‌شود. چنین قالب‌هایی، ابزار کارآمدی برای اشخاص عمومی جهت پیگیری نیات، اهداف و مقاصدشان به‌شمار آمده است. تفاوت اساسی این نظام‌ها در این بوده است که در فرانسه برخی از شروط فوق‌العاده‌ی قراردادی، نظیر اختیار فسخ به خاطر مقتضیات اداری، جزو اختیارات ذاتی طرف اداری قرارداد دانسته شده است. این در حالی است که در انگلستان و ایران، حداقل به آن اندازه‌ای که در فرانسه رایج بوده است، نمی‌توان از امکان چنین شرطی سخن به میان آورد. هر چند که در انگلستان، پارلمان به اعتبار اصل حاکمیت پارلمان، از امکان تصویب قوانینی متفاوت با چنین رویکردی برخوردار است (Tillotson, op. cit., p. ۶۴) و در ایران نیز نظام قانون‌گذاری در اسناد خاصی نظیر آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها (ماده‌ی ۱۵) و شرایط عمومی پیمان (ماده‌ی ۴۶) از رویکرد رایج حقوق خصوصی عدول نموده و امکان استفاده‌ی اداره به صورت یک‌طرفه از شروط ترجیحی را تصریح کرده است. در این صورت آن جا که قانون‌گذار به امکان چنین اختیاری صراحتاً اشاره کرده است؛ در واقع از جمله اختیارات ترجیحی اداره بوده که به پشتوانه‌ی حاکمیت و اقتدار حکومت عمل می‌شود.

۴- در ارتباط با شروط قراردادی در نظام‌های حقوقی فرانسه، ایران و انگلستان نظر غالب آن است که ابزار نظارت قضایی، (Judicial Review) بهترین سازوکار کنترل قراردادهای اداره است، به‌ویژه آن جا که اداره از اصول ترجیحی برخوردار می‌شود؛ هر چند که از این حیث بین آن‌ها تفاوت وجود دارد. بر این اساس، آن دسته از شروط قراردادی که به اتکای توافق طرفین و در چارچوب عمل قراردادی پیش‌بینی می‌شود، در صورت اختلاف نظر طرفین معامله از طریق دادگاه‌ها و با کنترل قضایی حل و فصل می‌گردند؛ این در صورتی است که اگر چنین عدولی از شرط، توسط قانون‌گذار پیش‌بینی شده باشد، امکان بازنگری قضایی وجود نخواهد

داشت، زیرا چنین شروطی به اتکای عمل اقتداری و حاکمیتی دولت پیش‌بینی و به تصویب رسیده است. جنس و شان چنین شروطی را نباید از نوع قیود و شروط قراردادی دانست؛ بلکه به لحاظ ماهوی ذیل عمل قانون‌گذاری قرار می‌گیرند.

۵. شورای دولتی فرانسه برخلاف دادگاه‌های دادگستری ایران، در خصوص شروط فوق‌العاده‌ی قرارداد به مقوله‌ی هدف‌مداری این گونه شروط توجه داشته است که به کارگیری چنین شروطی در راستای ارائه‌ی خدمت عمومی یا برآورده ساختن نیازهای عمومی باشد، در غیر این صورت استناد به چنین شروطی را نمی‌پذیرد. در حالی که در شرایط عمومی پیمان یا سایر اسناد قانونی گفته شده در بالا، به عنوان محدود اسناد قانونی مرتبط با قراردادهای اداری، هیچ گونه هدف‌مداری برای این اسناد تعریف نشده است. بر این اساس طرف دولتی قرارداد در عموم قراردادهای عمرانی‌اش می‌تواند شرایط عمومی پیمان را به پیمان‌کار تحمیل کند. در نتیجه چنین شروطی ممکن است به صورت ظالمانه‌ای در قرارداد یک دستگاه دولتی برای ساخت مسکن کارکنان خویش نیز به کار گرفته شود. در حالی که در فرانسه استفاده از شروط فوق‌العاده، منوط به ارائه‌ی خدمت عمومی یا برآوردن نیاز همگانی است و اساساً محاکم قضایی در ایران هیچ گاه به این جنبه از شروط قراردادی طرفین توجهی نکرده و یا اصلاً ورود نمی‌کنند.

فهرست منابع

الف - فارسی

• کتاب‌ها

- آدامز، جان ان؛ راجر، براوزورد (۱۳۸۶)، **تحلیل و نقدی بر حقوق قرارداد در انگلستان**، ترجمه‌ی سیدمهدی موسوی، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۸۷)، **مبانی حقوقی پیمان**، چاپ چهارم، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- انصاری، ولی‌الله (۱۳۸۰)، **کلیات حقوق قراردادهای اداری**، چاپ اول، تهران: نشر حقوق‌دان.
- انصاری، ولی‌الله (۱۳۸۹)، **کلیات حقوق اداری**، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- شهیدی مهدی (۱۳۷۷)، **تشکیل قراردادهای و تعهدات**، نشر حقوق‌دان.

- صدرالحفاظی، سیدنصرالله (۱۳۷۲)، **نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری**، چاپ اول، تهران: نشر شهریار.
- صفایی سیدحسن (۱۳۸۹)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد دوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۸)، **حقوق اداری**، تهران: سمت.
- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۵)، **اصول قراردادهای و تعهدات**، تهران: نشر دادگستر.
- قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۷۵)، **گفتارهایی در حقوق عمومی**، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- رضایی‌زاده محمدجواد (۱۳۸۵)، **حقوق اداری (۱)**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- هیأت پژوهشگران کاوندیش (۱۳۸۹)، **نظام حقوقی انگلستان**، ترجمه‌ی نسرین مهرا، چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

• مقالات و سایر منابع

- رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۷)، **ویژگی قراردادهای اداری**، فصلنامه حقوق، دوره‌ی ۳۸، شماره‌ی ۲، صص ۱۵۱-۱۳۵.
- زارعی، محمدحسین (۱۳۹۰)، **جزوه قراردادهای اداری**، مقطع کارشناسی ارشد رشته‌ی حقوق عمومی، دانشکده‌ی حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
- زارعی، محمدحسین؛ محمودی، جواد (۱۳۹۰)، **تحولات مربوط به قلمرو بازنگری قضایی در پرتو روبه‌های قضایی انگلستان و فرانسه**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌ی ۵۵، صص ۱۳۷-۸۹.

ب: لاتین

A) Books

- Alder, John (۲۰۰۲), **General Principles of Constitutional and Administrative Law**, Palgrave.
- Barry, Nicholas (۱۹۸۲), **French Law of Contract**, London: Butterworths.
- Beale H.G., W.D. Bishop & M.P. Furmston (۱۹۸۵), **Contract Cases and Materials**, London: Butterworths.

- Brown L. Neville and John S. Bell (۱۹۹۸), **French Administrative Law**, Fifth edition, Oxford: Clarendon Press.
- Chapus, René (۱۹۹۴), **Droit Administratif Général**, Tome I, ۸^e edition, montchrestien.
- Clives, Lewis (۲۰۰۰), **Judicial Remedies in Public Law**, London: Sweet and Maxwell.
- Cane, Peter, (۱۹۹۲) **An Introduction to Administrative Law**, Second edition, Oxford: Clarendon Press.
- Craig P. P. (۱۹۸۹), **Administrative Law**, Second edition, London: Sweet & Maxwell.
- Dicey A. V. (۱۹۲۷), **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, London: Macmillan.
- Dupuis Georges, Marie-José Guédon et Patrice Chrétien (۲۰۰۷), **Droit Administratif**, Paris: Dalloze.
- Dubouis Louis et Gustave Peiser (۲۰۰۱), **Droit Public**, Paris: Dalloz.
- Guettier, Christophe (۲۰۰۴), **Droit des Contrats Administratifs**, ۳^e edition, Paris: PUF.
- Harlow, Carol (۲۰۰۵), **Understanding Tort Law**, London: Sweet & Maxwell.
- Jez, Gaston (۱۹۲۷), **Les Contrats Administratifs**, Tome I, Paris : Marcel Glard.
- Jez, Gaston (۱۹۲۵), **Principes Généraux du Droit Administratif**, Tome II, Paris: SIREY.
- Jones B. L. (۱۹۸۹), **Administrative Law**, London and Edinburgh: ButterWorths.
- Lachaume, Jean François (۱۹۹۹), **Droit Administratif**, Paris: PUF.
- Laubadère, André de (۱۹۷۸), **Manuel de Droit Administratif**, Paris: L.G.D.J.
- Laubadère, André de, J.C. Venezia et Yves Gaudmemet (۱۹۹۶), **Traité de Droit Administratif**, Tome I, ۱۴^e edition, Paris: L.G.D.J.
- **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administratif** (۱۹۷۴), Paris: SIREY.
- Lichère, François (۲۰۰۵), **Droit des Contrats Publics**, Paris: Dalloz.

- Marsh P. D. V. (۱۹۹۶), **Comparative Contract Law: England, France, Germany**, Hampshire: Gower.
- Mckendrick, Ewan (۲۰۰۸), **Contract Law**, Oxford: Oxford University Press.
- Mulcahy, Linda (۲۰۰۸), **Contract Law in Perspective**, London: Routledge, Cavendish.
- Padfield, Colin F. (۱۹۹۸), **Law: Made Simple**, Oxford: Oxford University Press.
- Peiser, Gustave (۲۰۰۸), **Droit Administratif Général**, Paris: Dalloz.
- Planiol M. et G. Ripert (۱۹۵۲), **Traité Élémentaire de Droit Civil Français**, Tome VI, Paris: Dalloz.
- Richer, Laurent (۲۰۰۶), **Droit des Contrats Administratifs**, Paris: L.G.D.J.
- Tillotson, John (۱۹۸۵), **Contract Law in Perspective**, London: Butterworths.
- Treitel G. H. (۱۹۸۹), **An Outline of the Law of Contract**, London: Buterworths.
- Treitel G. H. (۱۹۹۵), **The Law of Contract**, London: Sweet & Maxwell.
- Turpin C. (۱۹۸۹), **Government Procurement and Contracts**, London: ۱۹۸۹, quoted in: Cane Peter (۱۹۹۲), **An Introduction to Administrative Law**, Second edition, Oxford: Clarendon Press, p. ۲۵۶
- Turpin C. (۱۹۶۸), **Government Contracts: A Study of Methods of Contracting**, MLR, quted in: Tillotson John (۱۹۸۵), **Contract Law in Perspective**, London: Butterworths.
- Wade William and Christopher Forsyth (۲۰۰۴), **Administrative Law**, Oxford: Oxford University Press.

B) Articles

- Bakovic Tonci, Bernard Tenenbaum and Fiona Woolf (May ۲۰۰۳), **Regulation by Contract: A New Way to Privatize Electricity Distribution?**, Energy and Mining Sector to Board Discussion Paper, Paper No.۷, pp. ۱-۷۰.
- Bates Larry (۲۰۰۲), **Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A Comparative Analysis of Consumer Protection**, Emory International Law Review, Vol. ۱۶, pp. ۱ – ۱۰۶.

- Bellof Micheal J. (March ۱۹۹۵), **Judicial Review: a Prophetic Odyssey**, The Modern Law Review, Vol. ۵۸, No. ۲.
- Camphell David (۲۰۰۰), **Reflexivity and Welfarism in the Modern Law of Contract**, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. ۲۱, No. ۳.
- Goldman Claude (۱۹۸۷), **An Introduction to the French Law of Government Procurement Contracts**, Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ., Vol. ۲۰, pp. ۴۶۱ – ۴۸۹.
- Fleiner Thomas (۲۰۰۰ – ۲۰۰۱), **Comparative Constitutional and Administrative Law**, Tulane Law Review, Vol. ۷۵.
- King Donald B. (۲۰۰۰), **Standard Form Contracts: a Call for Reality**, Saint Louis University Law Journal, Vol. ۴۴:۹۰۹, pp. ۹۰۹ – ۹۱۸.
- Langrod, Georges (۱۹۵۵), **Administrative Contracts: A Comparative Study**, The American Journal of Comparative Law, pp. ۳۲۵ – ۳۶۴, in: HeinOnline (<http://heinonline.org>), Sun Apr ۲۹ ۱۱:۱۱:۳۹ ۲۰۱۲.
- Ministry of Justice (October ۲۰۰۹), **The Governance of Britain; Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report**, United Kingdom.

پ- اسناد مأخذ و مرجع

• فارسی

یک: قوانین و آیین‌نامه‌ها

- آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها، ۱۳۴۶/۴/۱۲ با اصلاحات بعدی.
- آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی، ۱۳۴۹.
- شرایط عمومی پیمان، ۱۳۵۲ با اصلاحات بعدی.
- قانون دیوان عدالت اداری، ۱۳۸۵.
- قانون اساسی.
- قانون مدنی.
- قانون آیین دادرسی مدنی.

- قانون برگزاری مناقصات، ۱۳۸۳.
- قانون اصلاح موادی از قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی، مصوب ۱۳۸۶.
- قانون مدیریت خدمات کشوری، ۱۳۸۶.

دو: پرونده‌ها

- آرای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۵۹ - ۳۰/۴/۱۳۷۱ و ۱۹۷ - ۲۰/۶/۱۳۷۹ و ۲۲۸ هیات عمومی دیوان عدالت اداری.
- دادنامه‌ی شماره‌ی ۶/۴۶ شعبه‌ی ۶ دیوان عالی کشور.
- کلاس پرونده‌ی ۷۶۶/۲۰/۷۷ شعبه‌ی ۲۰ دادگاه عمومی تهران.
- کلاس پرونده‌های ۱۴۵/۶۶ و ۲۲/۶۸ و ۲۴/۶۸ و ۴۷۶/۶۸ شعبه‌ی ۱۹ دادگاه حقوقی یک تهران.
- کلاس پرونده‌ی ۲۰۳۹/۷۴ شعبه ۸ دادگاه عمومی تهران.
- کلاس پرونده‌ی ۱۱۰۵/۸/۷۴ شعبه‌ی ۸ دادگاه عمومی تهران.
- کلاس پرونده‌ی ۲۳۷۳/۷۴ شعبه‌ی ۱۰ دادگاه عمومی تهران.
- کلاس پرونده‌ی ۷۴/۸/۱۵ شعبه‌ی ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.
- کلاس پرونده‌ی ۳۴۶۰/۸/۸۷ شعبه‌ی ۸ دیوان عدالت اداری.

دوم) لاتین

A: Documents;

- Civil Procedure Rules, ۱۹۹۸ [England].
- Code Civil, [Français].
- Code des Marchés Publiques [Français].
- Employment Protection (Consolidation Act) ۱۹۷۸ [England].
- Equal Pay Act, ۱۹۷۰ [England].
- Human Rights Act, ۱۹۹۸ [England].
- Law Commissions, No. ۶۹ (۱۹۷۵) [England].
- Loi du ۲۸ Pluviose an VIII [Français].
- Loi de ۱۹۷۵, [Code des Marchés], [Français].

- Sex Discrimination Act, ۱۹۷۵ [England].
- The Local Authorities (Contracting Out of Highway Functions), Order ۱۹۹۹ [England].
- The Contracting Out (Administrative and Other Court Staff), Order ۲۰۰۱ [England].
- The Contracting Out (Local Education Authority Functions), (England) (Amendment), Order ۲۰۰۳ [England].
- The Public Contracts Regulations, ۲۰۰۶ [England].
- The Civil Contingencies Act ۲۰۰۴ [England].
- The Crown Proceedings Act, ۱۹۴۷ [England].
- The Public Contracts and Utilities Contracts (Postal Services Amendments) Regulations, ۲۰۰۸ [England].
- The Unfair Contract Terms Act, ۱۹۷۷ [England].
- The Utilities Contracts Regulations, ۲۰۰۶ [England].
- The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, ۱۹۹۹ [England].
- The Consumer Credit Act, ۲۰۰۶, [England].
- Tribunals and Inquiries Act, ۱۹۵۸, ۱۹۷۱, ۱۹۹۲ and ۲۰۰۷ [England].

B: Cases;

- A & M Produce Co., V. FMC Corp., ۱۳۵ Cal. App. ۳d ۴۷۳, ۴۹۰ (۱۹۸۲), [England].
- Birkdale District Electricity Supply Co. Ltd. V. Southport Corporation [۱۹۲۶] A.C. ۳۵۵, [England].
- Britith Transport Commission v. Westmorland County Council [۱۹۵۸] A.C. ۱۲۶ [England].
- Burmah Oil Company (Burma Trading) Ltd v. The Lord Advocate [۱۹۶۵] AC ۷۵ [England].
- Churchward v. R. [۱۸۶۵] LR ۱ QB ۱۷۳ [England].
- Cinnamond v. Britith Airports Authority [۱۹۸۰] ۱ W.L.R. ۵۸۲ [England].
- Commissioners of Crown Lands v. Page [۱۹۶۰] ۲ QB ۲۷۴ [England].

- Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [۱۹۸۵] AC ۳۷۴ [England].
- Co. Ltd. v. Macaulay [۱۹۷۴] ۳ All ER ۶۱۶, House of Lords [England].
- Dickson v. Combermere (۱۸۶۳) ۳ F. & F. ۵۲۷ [England].
- Dowty Boulton Paul Ltd. v. Wolverhampton Corporation [۱۹۷۱] ۱ WLR ۲۰۴ [England].
- Dunn v. Macdonald [۱۸۹۷] ۱ Q.B. ۴۰۱, ۵۵۵ [England].
- EC/ ۱۳ Mai ۱۹۳۸/ Caisse Primair Aid et Protection [Français].
- EC/ ۸ février ۱۸۷۳/ Blanco [Français].
- EC/ ۲۶ Avril ۱۹۵۶/ Bertin [Français].
- EC/ ۱۹۱۲/ gronits des Vosges [Français].
- EC/ ۶ février ۱۹۰۳ / Terrier [Français].
- EC/ ۲۶ Juillet ۱۹۹۱/ Commune de Saint – Marie [Français].
- EC/ ۱۹۱۲/ Feutry [Français].
- EC/ ۱۲ Mai ۱۹۳۳/ Compagnie Générale des Eaux [Français].
- EC/ ۳۰ Mars ۱۹۱۶/ Compagnie Générale d'Electrique de Bordeaux [Français].
- EC/ ۵ Novembre ۱۹۸۲/ Société Propetrol [Français].
- EC/ ۱۳ Décembre ۱۸۸۹/ Cadot [Français].
- EC/ ۷ Octobre ۱۹۸۷/ Société des Casions du Touquet, Rec. ۳۰۶ [Français].
- EC/ ۱۰ Février ۱۹۹۷/ SEM Equipement et Aménagement [Français].
- Henningsen V. Bloomfield Motors, Inc., ۱۶۱ A. ۲d ۶۹, ۸۶ (N.J. ۱۹۶۰) [England].
- Leaman V. Rex [۱۹۲۰] ۳ K.B. ۶۶۳ [England].
- Lucas v. Lucas and High Commissioner for India [۱۹۴۳] ۶۸ [England].
- Malloch v. Aberdeen Corporation [۱۹۷۱] ۲ All ER ۱۲۷۸ [England].
- Mulvenna v. Admiralty [۱۹۲۰] ۳ K.B. ۶۶۳ [England].
- New South Wales v. Bardolph (۱۹۳۴) ۵۲ C.L.R. ۴۵۵, ۴۹۶ [England].

- R. v. Independent Broadcasting Authority Ex. P. Pank Organization, March ۲۶, ۱۹۸۶ [England].
- R. v. Great Western Trains Co. Ltd Ex. Fredrick [۱۹۹۸] C. O. D. ۲۳۹ [England].
- R (Datafin plc) v. Takeover Panel, Court of Appeal, [۱۹۸۷] ۱ All ER ۵۶۴ [England].
- R. v. Lewisham London Borough Council, ex P. Shell U.K. Ltd. [۱۹۸۸] ۱ All E.R. ۹۳۸ [England].
- R. v. Hereford Corporation, ex Parte Harrower [۱۹۷۰] ۱ WLR ۱۴۲۴ [England].
- R. v. Civil Service Appeal Board, ex Parte Bruce [۱۹۸۹] ۲ All ER ۹۰۷ [England].
- Rodwell v. Thomas [۱۹۴۴] K.B. ۵۹۶ [England].
- Riordan v. War Office [۱۹۵۹] ۱ W.L.R. ۱۰۴۶ [England].
- Siegelman v. Cunard White Star, ۲۲۱ F.۲d ۱۸۹, ۲۰۶ (۲d Cir. ۱۹۵۵) [England].
- South Eastern Ry. Co. v. Cooper [۱۹۲۴] ۱ Ch. ۲۱۱ [England].
- Stourcliffe Estates Co. Ltd. v. Bournemouth Corporation [۱۹۱۰] ۲ Ch. ۱۲ [England].
- Town Investment Ltd. v. Department of the Environment [۱۹۷۸] A.C. ۳۵۹ [England].
- TC /۸ Juillet, ۱۹۶۳/ société entreprise peyrot [Français].
- York Corporation v. H. Leetham & Sons Ltd. [۱۹۲۴] ۱ Ch. ۵۵۷ [England].